# TRATADO DE DIREITO Privado

## Pontes de Miranda

ATUALIZADO POR

Vilson Rodrigues Alves

**Em conformidade com o Código Civil de 2002**

BOOKSELLER

*1*

.1

**TRATADO**

**DE**

# DIREITO PRIVADO

# PARTE ESPECIAL

# TOMO XIX

Direito das Coisas: Usufruto. Uso

TÍTULO V

DIREITOS REAIS LIMITADOS

PARTE V

Usufruto

CAPÍTULO 1

PRELIMINARES

§ 2.251. *Domínio e direitos restringentes.* 1. Direitos reais limitados.

2.Usufruto, direito real limitado. 3. Temporariedade do usufruto. 4. Usufruto não é servidão. 5. Direito real e direito pessoal de usar e fruir.3

§ 2.252. *Análise do usufruto.* 1. Direito subjetivo, pretensões e faculdades. 2. Figurantes da constituição do usufruto. 3. Usufruto e a pessoa do usufrutuário.

CAPÍTULO II

CONCEITO E NATUREZA DO USUFRUTO

§ 2.253. *Conceito do usufruto.* 1. Origens do conceito. 2. Conceito de usufruto no Código Civil brasileiro. 3. O

que não é usufruto.

§ 2.254. *Usufruto e outros direitos reais.* 1. Domínio e usufruto. 2. Enfiteuse e usufruto. 3. Servidões e usufruto.

4. Uso e usufruto. 5.Habitação e usufruto. 6. Comodato e usufruto. 7. Renda constituída sobre imóveis. 8.

Direitos reais de garantia e usufruto. 9. Usufruto e locação.

§ 2.255. *Titularidade do direito de usufruto.* 1. Pessoa física. 2. Pessoa jurídica. 3. Usufruto a favor de entes não-personificados.

CAPÍTULO XXI

OBJETO DO USUFRUTO

§ 2.256. *Usufruto e objeto do usufruto.* 1. Bens e patrimônios. 2. Alienabilidade do objeto e gravabilidade.

§ 2.257. *Extenção do usufruto por incremento do objeto.* 1. Acessões, acessórios e pertenças. 2. Acessões aos bens usufruídos.

2.258. 1 2.259. 3.Sentenças . 4. Indenizações a serem pagas pelo proprietário adquirente. 5. Obras durante a posse do usufrutuário. 6. Títulos de crédito e usufruto. 7. Direitos acessórios e usufruto.

*Dividas do constituinte do usufruto.* 1. Usufruto sobre bem singular. 2. Usufruto sobre patrimônio.

*Usufruto e comunhão.* 1. Comunhão de usufruto. 2. Comunhão entre usufrutuário e proprietário.

CAPITULO IV

CONSTITUIÇÃO DO USUFRUTO

§ 2.260. *Técnica legislativa.* 1. Técnica da constituição do usufruto. 2.Técnica da transmissão. 3. Usucapião não é causa de se adquirir

usufruto. 4. Constituição de usufruto a favor de duas ou mais pessoas.

§ 2.261. *Constituição do usufruto entre vivos.* 1. Nascimento do usufruto. 2. Negócio jurídico e lei. 3.

Legitimação e condições do negócio jurídico. 4. Usufruibilidade e direitos reais limitados. 5.Aquisição de usufruto ou não domino". 6. Falta de poder de constituição. 7. Negócio jurídico entre vivos. 8. Interpretação de acordo de constituição.

§ 2.262. *Constituição por testamento e para a sucessão legítima.* 1. Deixa hereditária de usufruto. 2.

Fideicomisso e usufruto.

§ 2.263. *Constituição "ex lege" do usufruto.* 1. Modo especial de constituição. 2. Lei e usufruto. 3. Usufruto de bens dotais. 4. Usufruto e bens comuns dos cônjuges. 5. Usufruto do titular do pátrio poder. 6. Sucessão provisória e sucessão definitiva em bens de ausente.

§ 2.264. *Constituição judicial de usufruto.* 1. Premissas. 2. Usufruto a favor de Brasileira casada com estrangeiro. 3. Promessa de constituição de usufruto e execução.

CAPITULO V

USUFRUTO E LIGação DO DIREITO À PESSOA

§ 2.265. *Intransmissibilidade do usufruto; não do exercício.* 1. Tese romana da intransmissibilidade. 2. Antítese fracassada e permanência da tese romana. 3. Transferência do exercício, por aquisição de técnica legislativa. 4.

Valor técnico da solução e natureza da cessão. 5. Deveres do usufrutuário cedente do exercício do usufruto.

§ 2.266. *Poderes de disposição e gravame do usufruto.* 1. Poder de disposição e intransferibilidade. 2. Limites dos poderes de disposição.

§ 2.267. *Usufruto de usufruto, uso do usufruto e habitação.* 1. Posição e solução do problema. 2. Uso do usufruto e habitação. 3. Não hipotecabilidade e não empenharobilidade do direito de usufruto.

§ 2.268. *Transferência do exercício do usufruto.* 1. Outorga do exercício

do usufruto. 2. Direito ao exercício do usufruto e outros direitos semelhantes. 3. Extensão e qualidade do direito cedido.

4.Extinção do direito do cessionário ao exercício do usufruto.

2.269. *Promessa de constituição de usufruto.* 1. Posição do problema.2.Promessa e inscrição.

CAPITULO VI

CONTEÚDO DO USUFRUTO

§ 2.270. *Conceito e conteúdo do usufruto.* 1. Usar e fruir, exclusividade. 2. Uso e fruição.

§ 2.271. *Contido do usufruto em geral.* 1. Conteúdo do usufruto. 2. Indisponibilidade pelo usufrutuário.

§ 2.272. *Direito à posse.* 1. Razão da regra jurídica do Código Civil, art. 718, 1. parte. 2. Direito à posse e exigência da caução. 3.Ato de constituição do usufruto e acordo de transmissão da posse. 4. Posse do usufrutuário e administração pelo constituinte do usufruto ou seu sucessor. 5. Conteúdo da posse de usufrutuário. 6. Extensão da posse de usufrutuário. 7. Administração pelo usufrutuário.

§ 2.273. *Uso do bem em usufruto.* 1. Conceito de uso. 2. Limites ao uso pelo usufrutuário. 3. Que é destinação econômica, estética ou histórica? 4. Acessões, pertenças e direitos acessórios.

§ 2.274. *Fruição do bem em usufruto.* 1. Direito a fruir e direito sobre os frutos. 2. Fruto e fruição. 3. Florestas, bosques e parques. 4.Frutos civis. 5. Direito do usufrutuário quanto aos frutos. 6.Penhora de frutos pelo credor do usufrutuário. 7. Penhora de frutos pelo credor do dono do bem usufruído. 8. Venda de frutos futuros pelo usufrutuário. 9. Venda de frutos futuros pelo dono do bem usufruído. 10. Esbulho dos frutos pelo dono, pelo usufrutuário ou por terceiro. 11. Particularidades sobre os frutos civis.

§ 2.275. *Proventos em geral,*. 1. Direitos aos proventos. 2. Relação jurídica real e relações jurídicas pessoais. *8.*

Prêmios e outros proventos.

§ 2.276. *Deveres do usufrutuário.* 1. Irradiação de deveres. 2. Eventual

dever de segurar. 3. Modificações e eliminações de deveres e obrigações. 4. Constituinte de usufruto, não dono.

§ 2.277. *Dever de conservação.* 1. Quando nasce o dever de conservação.2.Conteúdo do dever de conservação.

3. Mudanças na coisa usufruída.

§ 2.278. *Dever de comunicação.* 1. Nascimento do dever de comunicação. 2. Conteúdo do que se comunica.

§ 2.279. *Dever de indenizar.* 1. Fontes do dever e obrigação de indenizar. 2. Com culpa e sem culpa.

§ 2.280. *Dever de despesas e encargos.* 1. Encargos do uso e da fruição. 2.Relação jurídica entre dono e usufrutuário. 3. Tributos e contribuições fiscais. 4. Encargos periódicos de direito privado. 5.Melhoramentos e aumentos aos bens usufruídos. 6. Despesas judiciais.

§ 2.281. *Inventário.* 1. Dever de inventariar. 2. Inventário extrajudicial e inventário judicial. 3. Inventariação judicial. 4. Eficácia do inventário. 5. Pré exclusão da obrigação de inventariar. 6. Falta de inventário.

§ 2.282. *Caução prestada pelo usufrutuário.* 1. Posse e administração. 2.Natureza e finalidade da caução. 3.

Espécie da caução a ser prestada. 4. Superveniente insuficiência da caução prestada. 5.Pluralidade de usufrutuários e caução. 6. Renúncia à pretensão à caução. 7. Acordos entre usufrutuário e dono do bem usufruído. 8. Administrador terceiro. 9. Usufruto “ex lege” e caução.

§ 2.283. *Dever de restituição do objeto do usufruto.* 1. Restituição e estado dos bens. 2. Natureza e caráter das regras jurídicas sobre restituição. 3. Usufruto sobre bem *“nullius”* ou sobre imóvel abandonado.

§ 2.284. *Deveres do dono do prédio usufruído.* 1. Pretensões do usufrutuário contra o dono do bem usufruído.

2. Modificações e pré-eliminações de deveres e obrigações. 3. Constituinte do usufruto não-dono ou que deixou de ser dono.

§ 2.285. *Dever e obrigação de constituinte do usufruto.* 1. Constituição e poder de constituir. 2. Deveres e obrigações do constituinte.

§ 2.286. *Proprietário administrador.* 1. Usufrutuário que não pode dar caução. 2. Soluções técnicas. 3. Auto-regramento. 4. “lus dispositivum”.

CAPITULO VII

USUFRUTO SOBRE COISAS

§ 2.287. *Conceito de usufruto sobre coisas.* 1. Propriedade sobre bens corpóreos e sobre bens incorpóreos. 2.

Coisas fungíveis e coisas não fungíveis, coisas consumíveis e coisas inconsumíveis.

§ 2.288. *Usufruto sobre coisas inconsumíveis.* 1. Caracterização do usufruto, início da eficácia real. 2.

Conservação do usufruto e extinção do usufruto.

§ 2.289. *Usufruto sobre imóveis.* 1. Constituição do usufruto sobre imóveis. 2. Usufruto do bem enfitêutico.

§ 2.290. *Usufruto sobre móveis.* 1. Conceito de usufruto sobre móveis. 2.Bens incorpóreos móveis.

§ 2.291. *Usufruto de coisas consumíveis.* 1. Coisas consumíveis. 2. Consumibilidade e restituição. 3. Domínio do usufrutuário. 4. Causas de extinção do usufruto e obrigação de restituição do “tantundem”. 5. Objeto restituendo.

§ 2.292. *Usufruto sobre coisas deterioráveis.* 1. Deteriorabilidade. 2. Deveres do usufrutuário. 3. Coisas deterioráveis consideradas como consumíveis.

CAPÍTULO VIII

USUFRUTO SOBRE DIREITOS

§ 2.293. *Usufruto e direitos como objeto.* 1. Direitos e usufruto. 2. Usufruto sobre direitos reais e usufruto sobre direitos pessoais. 3.Pressupostos para a constituição de usufruto de direitos. 4.Usufruto sobre direitos, constituído pelo não-titular. 5. Locação e usufruto sobre créditos.

§ 2.294. *Conteúdo do usufruto sobre direitos.* 1. Uso e frutos. 2. Conteúdo do usufruto sobre créditos. 3.

Identidade entre figuras, no usufruto sobre créditos.

§ 2.295. *Inventário e caução.* 1. O Código Civil, art. 729, e o usufruto sobre direitos. 2. Caução prestável pelo usufrutuário de direitos.

§ 2.296. *Relação jurídica real, direitos e deveres.* 1. Natureza da relação jurídica. 2. Exigência do capital e usufruto sobre crédito.3.Intervalo entre o recebimento e a aplicação do bem recebido.

§ 2.297. *Intransferibílidade do usufruto sobre direitos.* 1. Princípio geral da intransferibilidade. 2. Cessão do exercício do direito de usufruto sobre direitos.

§ 2.298. *Extinção do usufruto sobre direitos.* 1. Causas de extinção.2.Interesses de terceiros.

§ 2.299. *Usufruto sobre créditos.* 1. Construção jurídica do usufruto sobre créditos. 2. Código Civil, art. 719. 3.

Extinção do usufruto sobre créditos.

§ 2.300. *Usufruto sobre títulos.* 1. Usufruto sobre títulos nominativos não-endossáveis. 2. Usufruto sobre títulos à ordem. 3. Usufruto sobre títulos ao portador e títulos endossados em branco. 4. Usufruto de títulos circulantes de curso forçado.

CAPÍTULO II

USUFRUTO SOBRE COISAS COLETIVAS E USUFRUTO SOBRE PERTENÇAS

§ 2.301. *Usufruto sobre coisas coletivas.* 1. Coisas coletivas e patrimônios. 2. Destinação econômica. 3. Crias de animais e usufruto.

§ 2.302. *Usufruto e pertenças.* 1. Relação de pertinencialidade. 2. Bem usufruto e pertenças. 3. Dono da coisa usufrutuário da pertença.

CAPITULO X

USUFRUTO SOBRE FUNDO DE EMPRESA

§ 2.303. *Conceito e objeto do usufruto sobre fundo de empresa.* 1. Empresa e usufruto. 2. Usufruto sobre fundo de empresa. 3. Incidência do direito de usufruto sobre fundo de empresa.

§ 2.304. *Direitos e deveres do usufrutuário do fundo de empresa.* 1. Direitos do usufrutuário. 2. Dívidas assumidas antes da constituição do usufruto de fundo de empresa. 3. Exercício do usufruto sobre fundo de empresa. 4. Extinção do usufruto sobre fundo de empresa.

CAPITULO II

USUFRUTO SOBRE PATRIMÔNIO

§ 2.305. *Precisões conceptuais.* 1. Usufruto sobre coisa, usufruto sobre direitos e usufruto sobre patrimônio. 2.

Remissões.

§ 2.306. *Usufruto de patrimônio.* 1. Código Civil, art. 714. 2. Credores do constituinte de usufruto.

§ 2.307. *Usufruto sobre herança.* 1. Patrimônio hereditário. 2. Pretensões e ações que tem o dono do patrimônio. 3. Dividas do patrimônio (“e. g.”, da herança). 4. Interesses e prestações de direito público que recaem em uso e fruto dos bens. 5. Dívidas de quem tem uso e fruição. 6. Constituinte do usufruto de patrimônio que não é dono do patrimônio.

§ 2.308. *Usufruto e bens da herança.* 1. Usufruto da herança; herança ou legado? 2. Brasileira, viúva de estrangeiro, e redução de disposições testamentárias. 3. Dividas da herança e usufruto da herança.

§ 2.309. *Legado de usufruto.* 1. Conceito e conseqüências. 2. Legado de

usufruto a duas ou mais pessoas.

CAPÍTULO XII

RESERVA DE USUFRUTO

§ 2.310. *Posição do problema.* 1. Detração e negócio jurídico. 2. Negócio jurídico básico e constituição de usufruto. 3. Espécies de negócios jurídicos básicos. 4. Colação.

§ 2.311. *Reserva ou detração de usufruto.* 1. Conceito. 2. Crítica da concepção da transmissão total. 3. Ato de constituição e causa. 4.Problema da abstração do ato de constituição. 5. Extinção do direito a constituir o usufruto.

§ 2.312. *Direito fiscal e reserva de usufruto.* 1. Direito privado e direito fiscal. 2. Lei que aponta critério. 3. Nua propriedade e imposto de transmissão.

CAPITULO XIII

USUFRUTO SUCESSIVO

§ 2.313. *Legitimação ativa para constituir e determinações mexas.* 1.Proprietário e usufruto. 2. Constituição de usufruto e pós-eficacição .

§ 2.314. *Usufruto sucessivo no Código Civil.* 1. Conceito 2. Jurisprudência e análise dos fundamentos. 3.

Usufruto “a favor de A e seus herdeiros”. 4. Pré-morte do beneficiado pela constituição de usufruto sucessivo.221 § 2.315. *Constituição do usufruto sucessivo.* 1. Constituição entre vivos do usufruto sucessivo. 2. Usufruto sucessivo constituído “mortis causa CAPITULO XIV

USUFRUTO FIDUCIÁRIO E USUFRUTO DE SEGURANÇA

§ 2.316. *Usufruto com fim de garantia (usufruto de segurança).* 1. Garantia e usufruto. 2. Usufruto de segurança. 3. Negócio jurídico

básico e usufruto de segurança. 4. Usufruto de segurança e os outros créditos. -

§ 2.317. *Extinção do usufruto fiduciário e do usufruto de segurança.* 1.Extinção do usufruto fiduciário. 2.

Extinção do usufruto de segurança.

CAPITULO XV

REGRAS JURíDICAS SOBRE VALIDADE

§ 2.818. *Preciações prévias.* 1. Validade e atos para a criação do usufruto. 2. Sugestão de método.

§ 2.319. *Negócio jurídico básico, invalidado e ineficácia.* 1. Nulidade e ineficácia. 2. Confusão a evitar~se.

§ 2.320. *Acordo de constituição, invalidade e ineficácia.* 1. Nulidade e ineficácia. 2. Nulidade e anulabilidade do acordo de constituição.

§ 2.321. *Inscrição, validade e eficácia.* 1. Natureza do ato inscricional. 2.Inscrição do usufruto. 3. Apresentação do acordo de constituição. 4. Nulidade da inscrição. 5. Invalidade e nova inscrição.6.Inscrição ineficaz. 7.

Representação para se obter a inscrição.

CAPITULO XVI

EXERCíCIO DO USUFRUTO

£ 2.322. § 2.323.

§ 2.324. § 2.325.

§ 2.326. § 2.327.

*Exercício direto e exercício indireto.* 1. Usufruto e modos de exercê-lo. 2. Responsabilidades.

*Usufruto sobre quotas de bens.* 1. Condomínio e comunhão pro diviso." 2. Usufruto de quota. 3. Convenção. e acordos entre comuneiros "pro indiviso" ou "pro diviso". 4. Cessação da comunhão "pro indiviso.

*Danificação do bem usufruído.* 1. Indenização pelos danos à coisa usufruída. 2. Quantia indenizatória.

*Indenização e sub-rogação.* 1. Posição do problema. 2. Extinção ou sub-rogação. 3. Sub-rogação por bem semelhante. 4. Seguro e sub-rogação. 5. Princípios e soluções. *Exercício do usufruto e deteriorações ou gastos.*

1. Exercício regular e exercício irregular. 2. Direito brasileiro. *Uso e fruição.* 1. Uso. 2. Fruição. 3. Ação de regulação do exercício.

## CAPITULO XVII

## EXTINÇÃO DO USUFRUTO

§ 2.328. *Causas de extinção do usufruto.* 1. Texto legal e problema de técnica legislativa. 2. Análise das causas de extinção.

§ 2.329. *Morte do usufrutuário e extinção da pessoa jurídica.* 1. Pessoa física. 2. Usufruto conjuntivo e usufruto sucessivo. 3. Pessoa jurídica.

§ 2.330. *Termo de duração.* 1. Determinações mexas. 2. Determinação mexa e cessão do exercício do usufruto.

§ 2.331. *Cessação da causa de que se origina o neu fruto.* 1. Cessação da causa do direito. 2. Extinção do usufruto legal

§ 2.332. *Destruição da coisa não-fungível.* 1. Texto legal. 2. Bem fungível. 3. Bem não-fungível. 4.

Perecimento imputável ao dono, ao usufrutuário ou ao terceiro. 7. Seguro e indenização; sub-rogação real. 8.

Desapropriação e requisição. 9. Extensão da sub-rogação. 10. Redução de sub-rogações reais. 11. Seguro só do usufruto e seguro da coisa.

§ 2.333. *Reunião da propriedade e do usufruto na mesma pessoa e renúncia pelo usufrutuário.* 1. Reunião de titularidades e consolidação. 2. Renúncia. 3. Aquisição e consolidação por extinção do direito de usufruto.

1 2.334. *Extinção do usufruto pela prescrição das ações reais.* 1. Texto do Código Civil, art. 739, VI. 2.

Prescrição e prazo prescricional. 3. Causas de suspensão e de interrupção.

§ 2.335. *Culpa do usufrutuário.* 1. Texto legal. 2. Fundamento da regra jurídica do Código Civil, art. 739, VII.

3. Pressupostos objetivos. 4. Legitimação passiva. 5. Sentença que julga a perda do usufruto. 6. Pretensão à indenização.

§ 2.336. *Usucapião por outrem ou pelo usufrutuário.* 1. Aquisição da propriedade plena. 2. Usucapião da nua propriedade.

§ 2.337. *Eficácia da extinção do usufruto.* 1. Restituição. 2. Obrigações do indenizar. 3. Benfeitorias. 4. Efeitos em relação a terceiros.

§ 2.338. *Eficácia do perecimento sem extinção.* 1. Excepcionalidade da não-extinção. 2. Eficácia da subrogação. 3. Reconstrução.

CAPITULO XVIII

PRETENSÕES E AÇÕES ORIUNDAS DO USUFRUTO, DO USO E DA HABITação

§ 2.339. 2.340.

*Direito de utilidade.* 1. Elemento comum aos direitos de usufruto, uso e habitação. 2. Pretensões reais.

3.Usucapião. *Ação do cessionário do exercício do usufruto.* 1. Cessão do exercício e tutela jurídica do cessionário. 2. Uso e habitação

CAPITULO XIX

PARTILHA, DIVISÃO, EXECUÇÃO, CONSTITUIÇÃO DE USUFRUTO, USO E HABITação

§ 2.341. *Juiz e decisões executivas-constitutivas.* 1. Partilha e constituição de usufruto, uso ou habitação. 2.

Divisão e constituição de usufruto, uso ou habitação.

§ 2.342. *Constituição em execução.* 1. Execução forçada e constituição de usufruto, uso ou habitação. 2.

Execução voluntária.

CAPITULO XX

AÇÕES CONCERNENTES AO USUFRUTO, AO USO E À HABITação

SEÇÃO 1

Ações de tutela do direito real

§ 2.343. *Ações puras e ações compósitas.* 1. “Ação confessória ” e ações possessórias no direito anterior. 2.

Ações por frutos que lhe pertencem. 3. Pretensões próprias e lides.

§ 2.344.a) *Ação declaratória.* 1. Usufruto, uso ou habitação e declaração. 2. Eficácia. 3. Ônus da prova.

§ 2.345b)e c) *Ação de condenação por ofensa ao direito de usufruto,uso ou habitação e Ação de indenização.*

1. Ação condenatória.2.Furto.

§ 2.346d) *Ação de segurança.* 1. Ação de segurança preparatória.2.Ação de segurança incidental. 3. Ação de segurança não-preparatória nem incidente.

§ 2.347.e) *Ação cominatória.* 1. Ação de preceitação. 2. Natureza doação cominatória.

§2.348.f) *“Ususfructus vindicatio”, “usus vindicatio”, “habitationis*

*vindicatio”*. 1. Vindícação. 2.

Legitimação passiva.

§ 2.349.g) *“A ctio confessoria”*. 1. Direito romano. 2. Direito brasileiro. 3. Legitimação ativa. 4. Legitimação passiva. 5. Ônus da prova. 6. Eficácia da sentença favorável na Ação confessória.

§ 2.350. h) *Ação negatória* (Ação de ofensa ao direito real limitado). 1.Ação negatória do usufrutuário, usuário ou habitador. 2.Direção da ofensa. 3. Legitimação passiva.

§ 2.351. i) *Ações possessórias.* 1. Usufruto, uso e habitação, acontecimentos do mundo fático. 2. Legitimação ativa. 3. Tutela possessória. 4. Morte e sucessão do titular do direito real limitado.

§ 2.352.j) *Ação de retificação de registro.* 1. Registro, usufruto, uso e habitação. 2. Natureza da pretensão.

SEÇÃO II

Ações contra pretensão ou ato de usufruição uso ou habitação

§ 2.353. *Ação negatória.* 1. Generalidades. 2. Usufruto, uso e habitação injustificados.

§ 2.354. *ação de retificação do registro e de cancelamento.* 1. Pretensão à retificação que têm o nu proprietário ou terceiro. 2. Extinção da pretensão. 3. A chamada ação de extinção de usufruto, de uso ou de habitação. 312

§ 2.355. *ação de indenização.* 1. Dano e reparação. 2. Legitimação.

2 § 2.356. *Ações possessórias.* 1. Incursões de usufrutuário, usuário ou habitador. 2. Conteúdo do direito real limitado e posse.

PARTE VI

CAPITULO 1

CONCEITO E NATUREZA DO USO

§ 2.357. *Usar e direito de usar.* 1. Usar e fruir. 2. Direito romano e conceito de uso. 3. Direito real e direito pessoal de uso. 4.Uso não é servidão. 5. Uso e usufruto. 6. Fruição implícita no uso. 7. Uso para produzir. 8.

Frutos do bem gravado de uso. 9. Uso e habitação.

§ 2.358. *Titularidade do uso.* 1. Ligação à pessoa. 2. Pessoas jurídicas e uso. 3. Co-titularidade no direito real de uso.

§ 2.359. *Intransmissibilidade do uso e do exercício.* 1. Uso e direito de usar. 2. Direitos pessoais.

CAPITULO II

OBJETO DO USO

§ 2.360. *Uso e objeto do uso.* 1. Bens singulares e bens coletivos. 2.Alienabilidade do objeto e gravabilidadc.

3.Objetos e patrimônios.

§ 2.36l . *Extensão do uso por incremento do objeto.* 1. Acessórios e pertenças. 2. Pertenças. 3. Indenizações. 4.

Servidão e outros direitos.

§ 2.362. *Dívidas do constituinte do uso.* 1. Uso sobre bem singular. 2.Uso sobre patrimônio.

§ 2.363. *Uso e comunhão.* 1. Comunhão de uso. 2. Comunhão entre usuário e proprietário. 3. Divisibilidade do uso.

CAPITULO III

CONSTITUIÇÃO DO USO

§ 2.3 *64.Técnica legislativa.* 1. Técnica da constituição do uso. 2. Intransmissibilidade. 3. Não há constituição

“ex lege” de uso 4.Não há usucapião de uso.

§ 2.365. *Constituição do uso entre vivos.* 1. Nascimento do uso. 2. Negócio jurídico básico e acordo de constituição. 3. Figurantes da constituição de uso. 4. Usabilidade e direitos reais limitados. 5. Aquisição do uso a non domino”. 6. Falta de poder de constituição. 7. Negócio jurídico entre vivos.

§ 2.366. *Constituição por testamento e para a sucessão legítima.* 1. Deixa hereditária de uso. 2. Legado.

§ 2.367. *Constituição judicial de uso.* 1. Premissas. 2.Promessas de constituição de uso.

CAPITULO IV

USO E LIGação DO DIREITO Á PESSOA

§ 2.368. *Intransferibilidade e incessibilidade de elementos.* 1. Usufruto e uso. 2. Inconstituibilidade de direitos reais e pessoais pelo usuário.

§ 2.369. *Situação jurídica dos que, com o usuário, usam.* 1. Uso e destinação. 2. Uso e posse por outrem.

CAPITULO V

CONTEÚDO DO USO

§ 2.370. *Posse e uso.* 1. Usar e extensão do uso. 2. Poderes do usuário. 3. Direito à posse. 4. Extensão da posse do usuário.

§ 2.371. *“Usus” e conteúdo direito.* 1. Usar e fruir. 2. Limites do uso pelo usuário.

§ 2.372. *Uso impróprio ou quase-uso.* 1. Bens consumíveis. 2. Direito

contemporâneo. 3. Uso de direitos. 4. uso de herança e de patrimônio.

§ 2.373. *Deveres do usuário.* 1. Irradiação de deveres. 2. Deveres de conservação. 3. Dever de comunicação. 4.

Dever de suportar certos encargos. 5. Dever de prestar caução. 6. Dever de restituição. 7. Dever eventual de segurar. 8. Dever de Indenizar.

§ 2.374. *Técnica da reserva.* 1. Detração do conteúdo para o uso. 2.Titulo de aquisição do uso. 3. Extinção do direito a constituir o uso.

§ 2.375. *Direito fiscal e reserva de* uso. 1. Direito privado e direito fiscal. 2. Lei que aponta critério.

CAPITULO VII

USO SUCESSIVO, USO FIDUCIÁRIO E USO DE SEGURANÇA

§ 2.376. *Intransmissibilidade do uso e pluralidade de usos.* 1. Uso e determinações mexas. 2. Pós-eficacização.

3. Distribuição no tempo.

§ 2.377. *Uso fiduciário e uso de segurança.* 1. Uso e garantia. 2. As duas figuras, no sistema jurídico brasileiro.

3. Remissão às regras jurídicas sobre usufruto.

CAPITULO VIII

REGRAS JURíDICAS SOBRE VALIDADE

§ 2.378. *Validade e constituição do direito real de uso.* 1. Validade e atos para a constituição do uso. 2. Os diferentes atos. 3. Remissão às regras jurídicas sobre usufruto.

§ 2.379. *Inscrição.* 1. Ato de inscrição. 2. Consentimento para a inscrição. 3. Remissão às regras jurídicas sobre usufruto.

CAPITULO IX

EXERCíCIO DO USO

§ 2.380. *Exercício somente direto.* 1. Modos de exercer. 2. Responsabilidade. § 2.381. § 2.382 § 2.383.

*Uso de quotas.* 1. Co-usuários. 2. Uso sobre quota (parte indivisa).

*Participação no exercício do uso.* 1. Uso e locação. 2. Incendibilidade do exercício.

*Indenizações e preço.* 1. Danos e sub-rogação real. 2. Quantia indenizatória. 3. Indenização por desapropriação.

4. Remissão às regras jurídicas sobre usufruto.

CAPITULO X

EXTINÇÃO DO USO

§ 2.384. *Causas de extinção.* 1. Fatos jurídicos “stricto sensu” e atos jurídicos. 2. Causas de extinção. 3. Morte do usuário e extinção da pessoa jurídica. 4. Determinações mexas. 5. Cessação da causa de que se origina o direito real. 6. Destruição do bem gravado. 7. ReUnião da propriedade e do uso na mesma pessoa. 8. Prescrição das pretensões e ações reais. 9.Renúncia. 10. Aquisição da propriedade, sem gravame, por usucapião. 11.

Sentença a propósito de culpa do usuário.

§ 2.885. *Causa específica.* 1. Desaparição da usabilidade. 2. Remissão. 3. Causa de direito público.

RESERVA DE USO

PARTE VII

HABITação

CAPITULO 1

CONCEITO E NATUREZA DO DIREITO DE HABITação

§ 2.386. *Conceito do direito de habitação.* 1. Conceito do direito de habitação. 2. Titularidade. 3. Devores e direitos.

§ 2.387. *Natureza do direito real de habitação.* 1. Comparações. 2. Usufruto de casa e direito real de habitação.

3. Incessibilidade do exercício. 4. Duração do direito real de habitação. 5. Titularidade do direito real limitado de habitação. 6. Pluralidade de titulares do direito real de habitação.

CAPITULO II

OBJETO E CONTEÚDO DO DIREITO DE HABITação

§ 2.388. *Objeto da habitação.* 1. Objeto do uso e da habitação. 2. Não se trata de servidão, nem de uso restrito.

3. Acessões, pertenças e direitos acessórios.

§ 2.389. *Conteúdo da habitação.* 1. Conceituação. 2. Posse. 3. Frutos e habitação. 4. Habitação e exercício da habitação. 5. Ações.

§ 2.390. *Deveres do habitador.* 1. Guarda, conservação e pagamentos de foros, pensões e impostos reais. 2.

Reparação. 3. Código Civil, art. 733, II. 4. Benfeitorias.

CAPITULO III

EXERCíCIO DO DIREITO DE HABITação

§ 2.391. *Ligação á pessoa do habitador.* 1. Uso e habitação. 2. Morte do habitador.

§ 2.392. *Exercício direto.* 1. Habitação própria. 2. Relação entre o habitador e pessoas alojadas na casa habitada.

3. Indenização sem extinção do direito de habitação.

CAPITULO IV

EXTINÇÃO DO DIREITO REAL DE HABITação

§ 2.393. *Causas de extinção do direito de habitação.* 1.Causas de extinção. 2. Perecimento com resíduos.395§

2.394. *Causa específica.* 1. Inabitabilidade. 2. Causa de direito público.

§ 2.395. § 2.396. 2.397.

PARTE VIII

Renda sobre imóvel

CAPITULO 1

CONCEITO E NATUREZA DA RENDA SOBRE IMÓVEL

*Conceito de renda sobre imóvel.* 1. Conceito hodierno. 2. Direito real limitado. 3. Duração do direito real.

*Pressupostos e titularidade.* 1. Pressupostos. 2. Titularidade. 3. Duração do direito real à renda. 404 *Natureza do direito real de renda sobre imóvel.* 1. Ato jurídico constitutivo. 2. Ônus de direito privado. 3. Tutela jurídica. 4. Pretensões e obrigações.

- CAPITULO II

OBJETO DO DIREITO DE RENDA SOBRE IMÓVEL

*Renda e objeto do direito real.* 1. Objeto gravavel. 2. Bens coletivos e patrimônios. *Imóvel e gravam.*. 1.

Detração de direito real e gravame do bem imóvel alheio. 2. Acordo de constituição.

CAPíTULO III

PRESTação DE RENDA E SEU OBJETO

§ 2.398. § 2.399.

§ 2.400. *Prestações singulares.* 1. Em que podem consistir as prestações. 2. Prestações reiteradas. 8. Juros moratórios. 4. Ali.. nação do bem imóvel gravado e rendas não pagas. 5. Bem imóvel sem dono. 6. Falência, insolvência e execução forçada.

§ 2.402. § 2.403.

*Constituição por ato entre vivos.* 1. Negócio jurídico entre vivos. 2. Negócio jurídico a causa de morte.

*Constituição judicial de renda sobre imóvel.* 1.Ações executivas. 2. Construção jurídica.

§ 2.404. *Eficácia real da constituição de renda.* 1. Inicio. 2. Terminação.

§ 2.405. *Constituição reservativa.* 1. Detração de renda sobre imóvel. 2. Construção jurídica.

§ 2.406. *Transferência do direito de renda sobre imóvel, renuncia, distrato e resgate.* 1. Transmissão entre vivos e a causa de morte. 2.Renúncia. 3. Distrato e resgate ou remição. 4. Assentimentos e consentimentos.

CAPíTULO V

EXTINÇÃO DO DIREITO REAL DE RENDA SOBRE IMÓVEL

§ 2.407. *Causas de extinção do direito real de renda sobre imóvel.* 1. Espécies. 2. Destruição do imóvel. 3.

Termo resolutório ou condição resolutória do domínio. 4. Prazo do

direito real. 5.Renúncia. 6. Arrematação ou adjudicação. 7. Sentença desconstitutiva. 8. Remição ou resgate. 9. Negócio jurídico bilateral desconstitutivo.

10. Usucapião.

§ 2.408. *Se ha direitos de renda sobre imóvel, sem remibilidade.* 1. tio legis". 2. Facilitação da remição.

## CAPíTULO VI

## PRETENSÕES E AÇÕES ORIUNDAS DO DIREITO DE RENDA SOBRE IMÓVEL

§ 2.409. *Ações de tutela ao direito real de renda sobre imóvel.* 1. ação declaratória. 2. ação condenatória. 3.

ação de indenização por perdas e danos. 4. ação de segurança, preparatória, incidental ou independente. 5. ação de preceito cominatório. 6. ação confessória. 7. ação negatória do titular do direito de renda sobre imóvel. 8.

ação de retificação de registro. 9. Princípios gerais

§ 2.410. *Posse e direito de renda sobre imóvel.* 1. Não há posse do rentista. 2. Dono do bem gravado que aliena a posse ou deixa a déspota o bem.

§ 2.411. *Ações do dono do prédio tido como sujeito a renda.* 1. ação negatória. 2. ação de retificação do registro.

3. ação de indenização. 4. Ações possessórias.

§ 2.412. *ação executiva e ação condenatória que tem o rentista.* 1. ação executiva segundo o Código de Processo Civil, art. 298, IX. 2.Processo. 3. ação ordinária

CAPITULO IV

CONSTITUIÇÃO DO DIREITO DE RENDA SOBRE IMÓVEL

Parte V.

Usufruto

PRELIMINARES

§ 2.251. Domínio e direitos restringentes

1.DIA ERROS REAIS LIMITADOS. No Tomo XVIII tivemos ensejo de mostrar mais uma vez, pais os dois conceitos foram precisados par exigência basilar de obra sistemática como essa a diferença entre *limitação* e *restrição,* seguindo-se a isso as definições de *direitos limitaste,* e *direitos restrtngentes.* São tão indispensáveis à leitura dos Termos XIX e XX essas precisões que supomos relido o Capitulo 1, inicial do Toma XVIII.

A ordem em que tentamos dos institutos da enfiteuse, das servidões, do usufruto, do uso e da habitação é aquela que lhes deu o Código

Civil brasileiro, mas teria sido a escolhida por nós se outra tivesse seguido o legislador.

Há noções que se expendem a respeita da enfiteuse e das servidões que são prestantes e prestigiosas para a inteligência da natureza e da disciplina do usufruto; e uso e habitação que concepções menores que cabem na do usufruto.

No art. 713, o Código Civil define o usufruto: “Constitui usufruto o direita real de fruir as utilidades e frutos de uma coisa, enquanto temporariamente destacado da propriedade”. As expressões “utilidades“>, “frutos” e

“destacado” são ambíguas, e a última, a técnica. O usufruto, como todos os direitos reais limitados, não limita o direito de propriedade, nada lhe destaca, O direito de propriedade continua de ser, tal qual o concebeu o sistema jurídico. O uso e a fruto não se atribuíram ao usufrutuário como algo que se cortou à propriedade, de modo que o domínio passasse a ser menos. O que passou a ser menos foi o exercício do direito de propriedade, o poder de usar e fruir. Restringiu-se o direito de propriedade, no que concerne a isso, O domínio permaneceu o que era.

Não se atribuiu ao usufrutuário somente o que se atribui ao locatário, se bem que esse possa, praticamente, conseguir o mesmo, quanto ao bem, que o usufrutuário conseguiria. Deu se lhe mais: o direito real. Porém, com isso, não se limitou o domínio, como acontece se a lei atribui a outro prédio algum direito de vizinhança. As noções de *limitação* e de *restrição* já foram objeto de longas considerações (Termos VI, § 658, XI, §§ 1.168, 1.164, 1.215, 1.222, 8, e 1.223, XII, §§ 1.883, 1.891, 8, XIII, §§ 1.431, 2, 1.588-1.541, 1.542, 1> e supomos que os leitores as retenham no resto desta obra.

2. USUFRUTO, DIREITO REAL LIMITADO. O usufruto é direito absoluto, real, sobre coisa não-própria, ou direito não-próprio, ou patrimônio não-próprio, no todo ou em parte, limitado no tempo e adstrito à destinação econômica do objeto uso fruído. Tal como está em todos os códigos ocidentais, trata-se de instituto recebido do direito romano. Isso não quer dizer que o direito assírio e o babilônico não tenham tido algo de parecido, ne m que tenha sido estreme de influência grega o instituto romano, nem que se possa menosprezar a influência germânica na Idade Média e nos tempos posteriores.

A coisa ou direito ou patrimônio, que é objeto do usufruto, não

pertence ao usufrutuário, mas a outrem; salvo em se tratando de usufruto impróprio. A outrem, ou a ninguém, porque o usufruto pode recair em bem *nuflius.*

A fruição pode ser admitida sem uso; e o uso, sem a fruição. Donde ser falsa a regra * *Fructws sine une esse non potest.* Em diferentes lugares, as leis romanas a desmentem. Quem usa retira da coisa utilidades que não são os frutos; quem frui pode não usar. O usufruto compreende a fruição e o uso; mas é a destinação da coisa, não só econômica, que determina modo e quantidade ao fruir e ao usar. Nem no fruir, nem no usar, pode o titular do direito de usufruto abusar. "Uti est commodum percipere", dizia HEINÉCIO; "abuti commodum percipere ita ut res utendo absumatur".

A posse do usufrutuário é a situação de fato que lhe é necessária para que use e frua, Só as teorias contemporâneas

da posse, mas, acima de todas, a do Código Civil brasileiro, com a abstração do *atimia* e do *corres,* conseguiram explicitar a posse dos que usam e fruem a coisa, ou que a podem usar e fruir. Já se não precisa de proteção interdita! especial; a posse imediata do usufrutuário, como a de outros titulares de direito a que corresponde posição possessória, é protegível com as ações gerais, de rito especial ou de rito ordinário, e chegou-se a suficiente clareza na explanação do que se passa quando essa posse se mediatiza, sem se confundir com a posse mediata, própria, do dono do bem usufruído.

3. TEMPORALIDADE DO USUFRUTO. À perpetuidade do domínio e da enfiteuse opõe-se a temporalidade inexcetuável do usufruto, ,do uso, da habitação e dos outros direitos reais limitados, os de garantia. Entre a enfiteuse, o usufruto, o uso e a habitação há gradação da extensão do gozo e todos restringem o domínio, sem lhe tirar a perpetuidade e a exclusividade, que o caracterizam. Nem a enfiteuse é outro domínio, nem se poderia considerar o usufruto, o uso ou a habitação como propriedade (domínio) temporanêo . As tentativas de MaIo ALLARA (La Proprietà temporanea, li *Circolo giuridico,* N. 5., 1, 69 *s.; Le Nozioni fondamentali di Diritto civile,* 3.a ed., 583), que procurou "domicalizar" o usufruto, entendendo que apenas se lhe veda modificar a destinação econômica da coisa, pecam pelo defeito, freqüente na Península, de muito se procurar a novidade, ainda falsa, em vez de se investigar em profundidade para que cresça o conhecimento científico. Tão-pouco se pode pensar em que se haja conservado a concepção do usufruto propriedade interinal, que SILVIO Pnozzx *(Istituzioni di Diritto romano,* 1, 2.8 ed., 781) via no instituto

romano do usufruto. Tal como foi no direito romano, tal como foi da Idade Média às codificações modernas e tal como é, ainda se o sistema jurídico o permitisse perpétuo, não seria dono o usufrutuário, nem se poderia apresentar o usufruto como propriedade temporária, ou *geteiltes Eigentum* germânico.

A respeito da perpetuidade da propriedade cumpre ter-se em vista que não a excetua o poder-se partir, no tempo, quanto à titularidade, a duração do domínio. A propriedade não deixa de ser perpétua porque se concebeu, em certo momento, a resolutividade por condição ou termo (Código Civil, art. 647 e 1.733-1.740).

Tanto o usufruto como a enfiteuse não são domínio, propriedade temporânea , que *coexiste* com o domínio.

Ainda nas espécies em que o bem usufruído é *nullus,* o domínio conceptual-mente existe, por lá ficar o seu lugar vazio. Quem se apropria do bem usufruído *nullus* insere-se nesse vácuo e tal permanência da apropriabilidade do domínio, persistindo o usufruto, prova, definitivamente, que o usufruto não é domínio.

Por outro lado, a enfiteuse extingue-se pelo falecimento do enfiteuta, sem deixar filhos (Código Civil, art. 692, III), as servidões, o usufruto, o uso e a habitação, pelo não-uso (art. 710, III), ou pela "prescrição" (arts. 739, VI, 745 e 748). Domínio não se perde pelo não-uso. Certamente, há de pôr-se de lado a trapalhada de F.

CAItNELUTn *(Teoria Generale dei Diritto,* □

3 B ed., 208), que confunde prescrição das pretensões e usucapião

por outrem (ainda em Mutamento della lene in tema di prescrizione, *Rivista di Diritto processuale,* N. S., VII, 4).

A perpetuidade do domínio não significa que o titular tenha de permanecer enquanto outrem não entra em seu lugar. Por isso mesmo, é renunciável a propriedade imóvel, derrelinquíle-se o bem móvel, ficando *nullus* (sem dono>, até que alguém o adquira por usucapião, ou por ocupação, ou outra causa de adquirir que a lei preveja.

Se extingue o usufruto, a propriedade consolida-se. Portanto, o usufruto apenas a *restringia;* nem sequer para sempre.

Tão-pouco é *parte* do domínio o usufruto *(e. g.,* KASER, Geteiltes Eigentum im àlteren rõmischen Recht, *Festschrift IS,* P. KOSCIIAKER, 1, 458 s.), ou poder só sobre os frutos pendentes *(e. g., S.* RícconoNo,

*Lezioni di Istituzioni di Diritto romano,* 377), o que explicaria o "salva rerum substantia". Também PAMPALONI procurou, citando a PAuto, L. 4, D., *de une fructu et quemoiLmodum quis utatur fruatur,* 7, 1 ("in multis casibus pan dominii est"), e outros textos, mostrar que o usufruto, na época clássica, era parte da propriedade.

Sem razão, conforme se pode ver no Tomo XVIII, § 2.140, 3. O fato de existir a *vindicatio usufructus* nada prova a favor da tese da *para dontinii:* vindicava-se o usufruto, não a *res.* Cf. Roanro Du Ruowno *(Usufrutto e diritti ai fiM,* 56 s.) e P. BONFANTE

*(Corso di Diritto romano,* XII, 54 s.). De passagem seja dito que SILVIO ~EROZZI *(Istituzioni di fliritto romano,* 787> reputa interpolados os textos que dizem *para dor,zinii* o usufruto, porém não o provou.

As confusões em que incorreram os juristas romanos teriam sido assaz relevantes se houvessem deformado a estrutura e alterado a natureza do direito de usufruto; não chegaram a Orne ponto (cp. AMBROSINO, "Usus fructus" e "communão", *Studia et documenta,* 1950, 188). A parecença entre relações de usufruto e comunhão sempre concorreu para que os juristas os confundissem, e, ainda no presente, não surpreende aquele impertinente "gemeinschaftich" dos §§ 1.077, l.~ e 2ª alíneas, § 1.081, 1.082, inexpresso mas implícito no §

1.088 do Código Civil alemão?

Â legitimação do usufrutuário à *vindicatio naus fructus,* à *operis novi nunaatto,* à *aetio aquae piuviae arcendae* e outras não se ligava a sua semelhança com o dono, mas à sua posição de quem tem o gozo da coisa.

Nenhuma prova se tem de que o usufruto tenha sido, em direito romano, em qualquer tempo, *para d,ominii,* ou *para rei.* Foi sempre, como é, direito real limitado, de eficácia *erga omites* e restringente do conteúdo e, pois, do exercício do domínio (sobre isso, Tomo XVIII, § 2.140, 2).

Muitos juristas comparam o usufruto com o fideicomisso ou com a propriedade resolúvel, como se fessem os dois institutos mais parecidos. A diferença entre eles é radical. A enfiteuse, o usufruto, o uso, a habitação, a renda constituída sobre imóveis, a hipoteca, o penhor, a anticrese são direitos reais limitados. O fideicomisso e, em geral, a propriedade resolúvel não no são. O usufruto é temporário; o uso e a habitação, também; outrossim, a renda constituída sobre imóveis, a hipoteca, o penhor, a anticrese. No fideicomisso e, em

geral, na propriedade resolúvel, o que é temporário é o domínio do fiduciário ou do dono sujeito à resolução. Aquir, o que se cinde, temporal-mente, é o domínio mesmo: até *t,* depois de *t.* No que concerne aos direitos reais limitados, não. Não se cinde, temporalmente, o domínio; restringem-se-lhe poderes, o que o restringe sem o cortar, sem o limitar, como se dá quando a lei cria direitos limitativos, ou quando se divide, no tempo, o domínio entre dono para hoje e dono para amanhã (fideicomisso, propriedade resolúvel>.

4. USUFRUTO NÃO É SERVIDÃO. A inclusão do usufruto no número das servidões foi apenas meio, que tiveram os escritores do direito comum, para frisar que não se tratava de direito de domínio, nem de *para dominii,* mas de direito real limitado, expressão que lhes faltou, donde usaram e abusaram de outra, que teve e tem os seus inconvenientes: *jus in re aliena. lua* em coisa não-própria fêz supor-se a necessidade da alienidade, de ser de outrem a coisa. A teoria dos direitos reais "fracionários", encontradiça no século passado *(e. g.,* C.

Ri>CHEL, *Civilrechtliche Erôrterungen,* 1, 2, 7, e II, 2, 273; E. LAURENT, *Principes,* VI, 411; L. BoItsARí, *Commentario dei Codice Civile italiano,* II, 268; P. E. BENSA, *Corso di DWitto civile,* Dell"Usufrutto, 6 s.), teria sido regressão às confusões dos juristas romanos. Na literatura francesa, continua-se a falar de desmembramento da propriedade *(e. g.,* MARCEL PLANÃOL e GEOROES RIPERT). Mas, para alguns juristas franceses, precisões de conceitos são impertinências, que dificultam o discorrer literário, discursivo, das suas tiradas ou das suas clarezas vazias.

Já expusemos o problema dos direitos reais limitados sobre a coisa própria (Tomos V, § 570,2 e 6, XI, § 1.180, XII, §§ 1.282,

3, 1.285, 3, 1.414, 3, e 1.511, 3, e XVIII, § 2.198, 2). Não mais nos incumbe mostrar onde falha o * *Nemini res sua servit.* O usufruto tanto pode recair em coisa alheia como em coisas *nulilus* e em coisa própria.

Em sentido largo de propriedade (= direito real), o usufruto é propriedade; no sentido estrito (= domínio>, o usufruto não é propriedade, é direito restringente do domínio, *real.*

5.DIREITO REAL E DIREITO PESSOAL DE USAR E FRUIR. Para a mentalidade de hoje, com toda a riqueza de conceitos e conhecimento das proposições jurídicas, o que o usufruto, o uso e a habitação tiram é mais ou menos o que a locação tira, em suas diferentes espécies por

extensão, apenas com a natureza *real* do direito. A atividade do proprietário vai até onde encontra a restrição, pessoal ou real. Não se trata de limitação, porque ainda onde o usufruto é de origem legal, a lei não limita o direito de propriedade, legalmente lhe restringe o conteúdo, o exercício. A ciência pôs de lado todas as construções fantasistas de G. A. W. DU BOI (Noch einige Bemerkungen tiber *acUo iti rem* und *actio iti personam, ius* <ti *re* und *obligatio, Ãrchiv fui- die civilistische Praxie,* VI, 278 s.), RUDOLF SrAMMLER *(Der Niessbrauch as Forderungeti,* 11), F. P.

BREMmi *(Das Pfandrecht uni.! Pfandobjekte,* 36 s.> e G. VENEZIAN (Dell‟Usufrutto, dell‟Uso e dell‟Abitazione, *II Diritto civile italiano,* 1, 19), além de juristas franceses que insistiram no conceito de direito de usufruto propriedade.

No direito romano, houve, ao lado do *ius civile,* o *jua honorarium* (GAIO, 1, 54), donde haver proprietário, segundo Esse, do que era propriedade de outrem, segundo aquele. Porém isso nada tem com o usufruto.

O dono da coisa, extinto o usufruto, não o adquire; a sua propriedade é que deixa de sofrer a restrição ao exercício.

## § 2.252. Análise do usufruto

1.DIREITO SUBJETIVO, PRETENSÕES E FACULDADES. Nas discussões sobre ser o usufruto direito subjetivo, soma de faculdades ou poderes, o que mais ressalta é muito sugerirem os que pouco viram a realidade e não prestaram atenção aos sistemas jurídicos, que são sistemas lógicos. O direito subjetivo não é a pretensão, nem, a *fortiori,* a ação: há direitos subjetivos que integram a sua finalidade sem pretensão, como os direitos formativos sem necessidade de pretensão e ação; há direitos subjetivos munidos de pretensões. O

direito é que é subjetivo ou assubjetivo (assubjetivado ou nascido sem subjetividade). A pretensão é o poder exigir. A ação é o que resulta, nasce, da insatisfação da pretensão.

O usufruto é direito subjetivo. Nele estão as faculdades de usar e de fruir, as pretensões e ações que dele se irradiam.

O direito de usufruto é real. As relações jurídicas a que ee corresponde ou são entre usufrutuário e proprietário, ou constituinte do usufruto

ou seu sucessor (Código Civil, art. 726), ou são entre usufrutuário e terceiro.

Considerar-se a relação jurídica do usufruto, ou a da servidão, como entre o titular do direito e o proprietário só, seria apagar-se o caráter *real* do direito. Os terceiros são sujeitos passivos do usufruto como o são do domínio: a direção ao proprietário, ou ao constituinte do usufruto (Código Civil, art. 726>, *resulta* de se tratar de direito *restringente* do domínio e, pois, de direito *real limitado.* A respeito, convém lembrar que a tese da subjetividade passiva única (só o proprietário) que ocorreu a V. AIUtANGIO RUIz (La Struttura dei Diritti reali, *Árchivio Giuridico,* 81, 361 s., e 82, 417 s.) é insustentável (cf. G. GROSSO e G. DEJANA, Le Servitti prediali, *Trattato di Diritto civile* de F. VASSALLI, V, *1,* 23 s.), e advertir em que é falsa a afirmação de MICHELE GIOROIANNI *(Contributo alia Teoria dei Diritti di godirnento* au *cosa altrui,* 1, 162 s.) quanto a não poderem ser ofendidos por terceiros todos os direitos reais limitados.

Cumpre, ainda, advertirmos em que a suposição de alguns, quanto a não poder haver usufruto em na *nullus,* aberra de toda a ciência. É incrível a afoiteza de juristas que chegam a êsse ponto, no propósito de somente verem a relação jurídica usufrutuário-proprietário *(e.* g., BanI, *Le Obligazioni* propter rem, 62 s.). É não se pensar nas conseqüências do que se diz. Que aconteceria ao usufruto quando o proprietário derrelinqúisse o bem móvel ou renunciasse à propriedade do bem imóvel?

2.FIGURANTES DA CONSTITUIÇÃO DO USUFRUTO. No ato de constituição de usufruto, que é *acordo,* há o constituinte e o usufrutuário. Diz-se que o proprietário é que constitui, mas o enfiteuta também pode constituir usufruto. A expressão “nu proprietário” tem, portanto, significação aproximativa: há o nu enfiteuta, se bem que as leis somente falem do nu proprietário *(e. g.,* Lei n. 4.355, de 17 de abril de 1869, art. 7, § 6.0; Lei n. 5.881, de 28 de março de 1874, art. 25, § 1.0, e 31, parágrafo único).

Quando o prédio é enfitêutico, não pode haver usufruto constituído pelo senhorio, porque o senhorio não mais tem uso e fruição. O enfiteuta, sim, pode constituir usufruto. Nem seria de pensar-se, no direito brasileiro, em usufruto a termo inicial, porque à enfiteuse o Código Civil brasileiro conferiu perpetuidade.

8.USUFRUTO E A PESSOA Do usufrutuário. A ligação do usufruto à

pessoa do titular determina que, tratando-se de pessoa física, termine com a morte do usufrutuário (Código Civil, art. 739, 1 > e, sendo esse pessoa jurídica, com a extinção dela ou com os cem anos de exercício (art. 741). Essa inerência do usufruto à pessoa justificou a qualificação de *servitus personarum,* para o distinguir da *servitus praediorurn.* A sessibilidade do exercício deixa intactos os princípios e atenua os inconvenientes da construção clássica, o que não aconteceu com o uso e a habitação. O exercício do uso e da habitação, a despeito de tentativas em sentido contrário, permaneceu incessível.

(Aqui, cumpre antecipar-se que ao uso e à habitação não pode ser cedido o exercício, nem, sequer, o poder de usar ou de habitar pode ser conteúdo de direito pessoal ou de obrigação pessoal. Quem usa somente pode usar pessoalmente, se o seu direito de uso é o direito real limitado de que cogitam os arts. 742-745 do Código Civil.

Quem habita ou pode habitar, em virtude de direito real limitado, somente pode exercer, pessoalmente, tal direito. Pessoalmente, entenda-se, por si ou pessoa de sua família ou de seu serviço. Nesse ponto, como em outros, o uso e a habitação são distintos do usufruto, e não apenas espécies menores, isto é, somente quantitativamente diferentes, de usufruto.)

A princípio, o usufruto só era admitido às pessoas físicas; depois, alargou-se a titularidade até se permitir a outorga aos *munidia.* Novo inconveniente surgiu: a perenidade das pessoas jurídicas, *in can* das pessoas jurídicas de direito público. Obviou-se a isso com a fixação dos cem anos, porém é obscuro se sobreveio essa limitação ou se foi concebida desde a extensão da usufruição a favor das pessoas jurídicas. Há muito que meditar e investigar-se em termo à L. 21, D., *quibus modis usus fruetua vel uns amittitur,* 7, 4, em que MODESTINO estava assaz preocupado com o só se extinguirem as pessoas jurídicas de direito público, as cidades, em caso de rebelião ou revolta militar, como se passara em Carts.go. No art. 741 do Código Civil há a mesma regra jurídica romana: “O usufruto constituído em favor de pessoa jurídica extingue-se com esta, ou, se ela perdurar, aos cem anos da data em que se começou a exercer”.

Note-se, porém, a referência a exercício. Exercício está, aí, por exercibilídade: o exercício começa, para o efeito do art. 741, desde o momento em que poderia iniciar-se, somente dependendo isso do usufrutuário.

A estrutura do usufruto, nos sistemas jurídicos, é romana. Conforme

teremos ensejo de ver, aqui e ali um ou outro sistema jurídico se afastou do molde, ou completando evolução iniciada, ou emendando alguma regra jurídica que não mais se adaptava às circunstâncias posteriores, inclusive de hoje.

## CAPITULO II

## CONCEITO E NATUREZA DO USUFRUTO

### § 2.253. Conceito de usufruto

1.ORIGENS DO CONCEITO. O conceito, de usufruto veio do direito romano e do direito comum, impondo-se a todos os sistemas jurídicos da civilização ocidental. Supõe-se algum bem sobre o qual alguém, usufrutuário, exerce o *jus utendi .fnzendi,* desde que se não atinja a substância do bem (PAULO, L. 1, D., *de uau fr-uctu et quer,w.dmodum quis utatur fruatur,* 7, 1: "Usufructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia"). Das mesmas fontes procede a intransmissibilidade, entre vivos e *mortie causa,* do usufruto.

A temporariedade é essencial ao usufruto. Se pudesse ser concebido como perpétuo, teria quase todos os inconvenientes da enfiteuse. O dono do bem, sem o uso e sem os frutos, ficaria na situação do senhorio do bem enfitfiutico.

Também lhe é essencial ligar-se à vida de alguém, pessoa física ou jurídica. Ainda que o prazo, que se lhe deu, seja maior, cessa com a morte do usufrutuário, pessoa física <Código Civil, art. 739, 1), e com a passagem do último dia dos cem anos contados do começo do exercício, em se tratando de pessoa jurídica (art. 741).

Usufruto é o direito real limitado, direito restringente da propriedade, que dá o uso e a fruição do bem gravado, ressalvada a sua substância, O mesmo é dizer-se, fugindo se à definição romana, curta e precisa, que é o direito real limitado de tirar à coisa utilidades e proveitos, sem lhe alterar a substância ou lhe mudar o destino. Falta, em todas, a alusão à ligação à pessoa, que a distingue de outros direitos reais, transmissíveis entre vivos e hereditariamente. É direito real limitado que consiste em ter determinada pessoa, física ou jurídica, o uso e a fruição da coisa gravada, respeitados a própria coisa e o seu destino.

A expressão “substantia”, provinda do texto romano, trazia em si certa dose de metafísica e prestava-se a discussões.

Os Códigos civis português (art. 2.197), alemão (5 1.030) e brasileiro (art. 713) livraram-se da referência à substanta .

Os direitos reais de regra não atingem a coisa, em sua natureza e em seu destino.

Na definição do Código Civil brasileiro também se empregou, acertadamente, o advérbio “temporariamente”, evitando-se a errônia da alusão à “morte do usufrutuário”.a que é que se queria dizer, na L. 1, D., *de uau fructu et quemadmodum quis utatur fruatur,* 7, 1, com o “salva rerum substantia”? PAULO entendia que gastar ou consumir a coisa não seria usufrui-la; seria mais. Outro não era o conceito de ULFIANO *(Liber singularia Regulnm,* XXIV, § 26): “Usufructus legar! potest, iure civil!, earum rerum quarum salva substantia utendi fruendi potest esse facultas”.

A grande maioria dos Códigos agarrou-se ao texto romano, na esteira, do Código Civil francês, art. 578, e não se forrou a isso o argentino, art. 2.807.

2.CONCEITO DE USUFRUTO NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO. Diz o art. 713 do Código Civil:

“Constitui usufruto o direito real de fruir as utilidades e frutos de uma coisa, enquanto temporariamente destacado da propriedade”. Direito real limitado. Quem só usa e frui não destaca elemento da propriedade, pOsto que lhe restrinja o conteúdo e, pois, o exercício. O direito de usufruto é direito restringente. Nem AIs, nem o uso, nem a habitação arrancam *para dominii,* ou *para rei.* O dono, sem deixar de ser, integralmente, dono, fica privado de usar e fruir, atividades de exercício do domínio.

3.O QUE NÃO É USUFRUTO. (a) O direito de fruição e uso que tem o cônjuge sobre os bens particulares da mulher o faz responder como o usufrutuário. Por aproximação, diz-se que é *usufrutuário.* Usufrutuário propriamente não é, porque usa e frui a coisa gravada, ou parte da coisa, em virtude de comunhão de rendimentos (Código Civil, art. 262, 265, 271, V, e 289, II). Não há, porém, inconveniente em que se lhe dê o qualificativo de usufrutuário, se adverte em que há artigos referentes ao usufruto que não são, a respeito dele, invocáveis.

(b) Quanto ao usufruto dos bens dos filhos sob pátrio poder <Código Civil, arts. 389, 390 e 225), deriva da lei, e é *usufruto.* A despeito do que noutros sistemas jurídicos se argumenta em contrário, a sistemática brasileira é no sentido de se ter o usufruto dos bens do filho sob pátrio poder como inerente ao *exercido* do pátrio poder (art. 389). Principalmente porque, o que se alega, contra isso, como a objeção de maior pode, é recair o usufruto sobre coisas singulares e o desfruto legal segundo o art. 389 ser de patrimônio separado, sem seguir os bens que dele se desprendem (MARTIN WOLFF, *Lehrbuch,* III, 2, § 114, III, n. 1). No sistema jurídico brasileiro, o usufruto pode recair em "patrimônio inteiro", ou "parte deste", "abrangendo-lhe, no todo ou em parte, os frutos e utilidades". Nada impede que se conceba o direito do cônjuge, ou o direito do titular do pátrio poder como usufruto. Aliás, no próprio direito alemão há o usufruto sobre patrimônio (Código Civil alemão, §§ 1.085-1.089), de modo que o argumento rui inteiramente.

(c) Quanto ao uso e fruto dos bens das igrejas pelos eclesiásticos, nenhuma particularidade há no direito brasileiro: usam e fruem conforme as regras estatutárias da pessoa jurídica, normalmente como órgãos. A figura do usufruto não se esboça, nem têm a fruição e o uso, para a sua classificação como usufruto, os argumentos que se tiram, para o cônjuge e o titular do pátrio poder, dos arte. 262, 265, 271, V, 289, II, 260, 1, 389, 390 e 225 do Código Civil.

(d) Qualquer direito de desfruto sobre bem imóvel ou outro bem que exija registro, que nasça de negócio jurídico sem êsse se ter registrado, usufruto não é, ou ainda não é. Todo o tempo em que existiu tal direito, ou em que se demorou o registro, é cheio por direito pessoal de uso e fruição.

(e)A restrição temporal da propriedade, do domínio, de modo que se estabeleçam dois direitos de propriedade sucessivos, não é usufruto. O usufruto *restringe* o direito de propriedade, não o limita, nem, sequer, temporal e subjetivamente o fraciona. Teremos ensejo de discorrer, mais de espaço, quanto às diferenças entre o usufruto e o fideicomisso, questão que se tomou fácil após os nossos estudos do *Tratado dos Testamentos,* desde quando diminuíram consideravelmente, os litígios a respeito. De passagem observemos que é de todo inadmissível, em direito brasileiro como em direito alemão, a opinião de A.NUSSBAUM *(Das Niessbrauehsrecht des BOR.,* 6), que tinha como regra, no direito das sucessões, o fideicomisso.

1.DOMÍNIO E USUFRUTO. Se um direito subsiste apesar de se lhe tirar elemento com que se compõe outro direito, duas conseqüências temos: a) não houve limitação, nem divisão do direito, mas apenas restrição ao seu exercício, com ou sem formação de direito da mesma categoria *(e. g.*, domínio e usufruto, domínio e locação); *b) à* extinção do direito que sobreveio, o *status quo ante* aparece (= dá-se a "consolidação").

2.ENFITEUSE E USUFRUTO. O usufruto parece-se com a enfiteuse, mas o direito do enfiteuta é transmissível e o do usufrutuário não no é, e as restrições que se podem fazer ao conteúdo do usufruto são inadmissíveis tão tocante à enfiteuse.

Certamente, não se pode dizer que a diferença entre enfiteume e usufruto seja fundada em se tratar de domínio, na enfiteuse, e de direito real limitado~ no usufruto. A proposição é falsa e os que ainda a repetiam *(e. g.,* V.

SIMONCELLI, DelIa Enfiteusi, II *Diritto civile italiano* de P. Fíon e B. BRIJcI, Parte VI, 1, 405; N.

COVIELLO, DelIa Trascrizione, *II Diritto civile italiano,* Parte XIII, II, 245) se inseriam em corrente medievalizante. A função do usufruto foi, historicamente, e é individual; a da enfiteuse, social. Donde a ligação à pessoa, a intransferibilidade; ao contrário do que se passa com a enfiteuse, de poderes mais amplos, inclusive, a despeito do art. 681 do Código Civil, de modificação econômica do bem.

O enfiteuta paga cânon ou pendo enfitêutica; o usufrutuário, não.

3.SERVIDÃO E USUFRUTO. Em relação às servidões, o usufruto consiste em uso e fluição global, e ainda quando haja restrições no tocante a um ou a alguns proveitos singulares o usufruto tem extensão que a mais larga servidão não tem. Direito restringente, lIs restringe mais do que as servidões. Na servidão, algo se permite ao titular do *jus servitutis;* no usufruto, pode algo ficar ao dono do bem. esse algo pode ser provento singular, ou quota. Se se estipula que o usufrutuário tem de prestar algum proveito ao dono do bem usufruído, tal dever e tal obrigação são pessoais e deixam intacto o direito real do usufrutuário (O. WARNnrn, *Kommentar,* II, 248).

Ao usufruto falta qualquer relação de interpredialidade ou

semelhante.

Algumas servidões, e vimos bem no Tomo XVIII, contêm a faculdade de fruição, e não só a de uso *(e. g.,* servidão *cretae eximendae,* servidão *vascendi).* Se há só êsse fruto, que faz a servidão, o usufruto teria, faticámente , a mesma abrangência; mas, ainda assim, seria mais, porque recairia sobre qualquer fruto eventual.

AliAs, dar-se-ia o mesmo se o uso, que a servidão implica, fesse o único que se pudesse obter do bem e fesse Asse infrutífero.

O hábito de se chamar servidão pessoal ao usufruto muito concorreu para que se descurasse a investigação das lindes entre as servidões e o usufruto, O conteúdo e alguns caracteres extremos os dois institutos, o último dos quais é intransmissível e o outro transmissível com o prédio dominante. O usufrutuário pode exceder, no desfruto, o que colhe; o titular da servidão não pode ir além daquilo de q”e o prédio dominante precisa. 0

usufruto estende-se às acessões do bem usufruído. A servidão, não.

4.USO E USUFRUTO. O usufruto alude, no próprio nome, a seus dois elementos: o *uns* e o *fructus.* O uso é o direito real limitado, composto com elemento que entra no conteúdo do usufruto, sem que o acompanhe o outro elemento. O usufruto tem a mais, em relação ao uso e à habitação, que o usufrutuário pode fruir a vantagem que se outorgue pelo uso ou pela habitação. Quem tem direito real de uso pode e pode somente usar. Quem tem direito real de habitação pode e ,pode somente habitar. Quem tem direito de usufruto pode usar e fruir,ou outorgar o exercício do usufruto, ou por outro modo dar a outrem o usar e o fruir.

5.HABITação E USUFRUTO. A habitação é o uso pela pessoa que vive ou se instala no lugar habitável. O uso pode consistir na habitação, porém nem todo uso se reduz à habitação. O usufruto, êsse, tem outro elemento, que não aparece no uso .e na habitação: o *fructus.*

Na interpretação do negócio jurídico, para se saber se foi constituído usufruto ou habitação, tem-se de considerar a qualidade do prédio, com a casa que nele há. Porque, se não se presta à habitação, de usufruto é que se há de cogitar. Não se adquire direito de habitar o inabitável, posto que o inabitável possa ser usofruído.

Uso e usufruto podem-se constituir sobre qualquer coisa ou direito,

que se preste a ser usado ou fruido; habitação somente em casas, *lato sensu.*

6.COMODATO E USUFRUTO. O comodato é sem eficácia em relação a terceiros e raro se atribui ao outorgado do cômodo a percepção dos frutos.

7.RENDA CONSTITUÍDA SOBRE IMÓVEIS. A renda constituída sobre imóveis dá ao titular do direito real limitado o *fructus.* Não lhe dá o uso: Se algum titular obtém o aluguer do prédio, apenas adquire direito pessoal e posse, posse de locador.

8.DIREITOS REAIS DE GARANTIA E USUFRUTO. Quanto ao credor hipotecário, não usa nem frui: o crédito é entre devedor e credor, e as prestações não são de uso e fruição; a hipoteca apenas o garante.

O penhor é simples garantia real. A posse não justifica o uso e a fruição.

O credor anticrético é credor de frutos civis, ainda quando usa e frui diretamente: o que o credor anticrético percebe é para satisfação de crédito, não é por exercício do direito real de uso e fruição. Por outro lado, a anticrese é transferível *inter vivos* e *mortis causa.*

O usufrutuário sofre os encargos que recaem sobre os frutos, quer os encargos sejam de direito privado quer de direito público. Não assim, o titular do direito de anticrese. Em todo caso, é possível o pacto que os dê ao usufrutuário (GOLDMANNDER Niessbrauch aIs Ersatz der Antichresis, *Gr-uchots Beitrilge,* 57, 630).

9.USUFRUTO E LOCação. O usufrutuário tem direito real; o locatário, embora tenha posse da coisa, só tem direito pessoal. A locação supõe contrato bilateral, causal, de modo que o locador exige aluguer; o usufruto, não: o acordo de constituição é abstrato, nas espécies mais freqüentes. A posse é que dá ensejo a que o locatário use e frua a coisa locada. Mas é o adimplemento da promessa feita pelo locador que põe o locatário na situação possessória. Do fato da posse é que resultam a usabilidade e fruitibilidade pelo locatário. O usufrutuário, após a constituição do usufruto,, tem direito à posse, pode ser imitido na posse. A coincidência entre o uso e a fruição pelo locatário e o uso e a fruição pelo usufrutuário é no mundo fático. No mundo jurídico,

aquele usa e frui porque o locador cumpriu o prometido, esse, porque é usufrutuário e usa e frui ainda que o constituinte do usufruto se negue a dar a posse. Todos os terceiros têm de abster-se de ofender o usufrutuário, pois o seu direito é real; o locatário somente como possuidor imediato tem de ser respeitado pelos terceiros. Salvo se há o registro de que fala o art. 1.197 do Código Civil, a alienação rompe a locação. De passagem, observemos que tal eficácia *erga omnes* não basta a tornar real o direito. Trata-se de eficácia que o registro confere à transferência: o registro retira ao locador o poder de transmitir o que jê não tem e ao mesmo tempo publica essa restrição ao exercício do poder de dispor. O locador já não pode ceder sem que respeite a locação e o adquirente, pelo registro, há de estar ciente.

## § 2.255. Titularidade do direito de usufruto

1.PESSOA FÍSICA. À pessoa física pode ser atribuído usufruto, sendo de se lhe resguardar o direito em caso de beneficiado ser nascituro (Código Civil, art. 4,0, 2.t parte: "... mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro"). Adiante, trataremos do usufruto a entidades não personalizadas, mas advirtamos, desde já, em que a constituição a favor de duas ou mais pessoas físicas, sem alusão a função, situação jurídica ou nome comam, importa em usufruto divisível e dividido a cada morte. As duas constituições são inconfundíveis, porque, numa, e não na outra, se faz relevante a função, a situação ou o nome comum, determinando-se a incidência do art. 740, 1.8, do Código Civil, ou a do art. 740, 2.8 parte.

2. PESSOA JURÍDICA. Desde que há a personalidade jurídica há a legitimação ativa ao usufruto. Os usufrutos constituídos antes da personificação são interpretados como a partir do dia em que a personificação se dê, se a entidade estava em formação. Qualquer interessado pode requerer que se determine e o juiz do inventário, no caso de usufruto a causa de morte, pode determinar o prazo para inicio do exercício, ou para a aceitação, que depende da personificação (cf. art. 1.584>.

3.USUFRUTO A FAVOR DE ESTRANHOS PERSONIFICADOS.

O legado de usufruto a favor dos pobres entende-se aos pobres do lugar do domicilio do testador (Código Civil, art. 1.669). O usufruto constituído a favor de entidade coletiva ainda não personificada é para se iniciar quando a personificação se der, se em via de ser feita. A

favor de entidade coletiva que só existe em relações extra jurídicas, como o "grupo dos admiradores de A, que se reúne, aos sábados, na Faculdade de Medicina", considera-se usufruto aos que compõem o grupo enquanto dure a mancomunhão, ainda que o numero de comuneiros se reduza a um e êsse assuma o ativo e passivo, presseguindo na finalidade que se dera, ao tempo da constituição do usufruto, se praticável. Se outorgado foi casal com filhos, ou não, havendo comunhão de adquiridos, pelo menos, há de ser entendido que, morto um dos cônjuges, o usufruto só se extingue com a morte do outro (cf. Código Civil espanhol, art. 521). No Código Civil brasileiro, diz o art. 740: "Constituído o usufruto em favor de dois ou mais indivíduos, extinguir-se-á parte a parte, em relação a cada um dos que falecerem, salvo se, por estipulação expressa, o quinhão desses couber á sobreviventes". Sempre que se nomeiam os outorgados por nome ou função comum (casal, grupo, clube, estudantes do quinto ano, os premiados do concurso tal), há estipulação expressa. Se foi dito a A, B e C, sim, ter-se-á de dizer que, morto um, o usufruto continua incólume.

O usufruto a favor de coletividade não personificada não é *tertium genus.* Só há usufruto deixado a pessoas físicas ou a pessoas jurídicas. O usufruto de que são outorgados comuneiros é usufruto a favor de quem, no momento, é membro da comunhão. Para que se possa substituir cada comuneiro é preciso que se haja personificado a entidade ou grupo que foi mencionado. Se o outorgante previa a personificação, o usufruto pode interpretar-se como a favor de pessoa jurídica em via de formação e tal personificação há de sobrevir em prazo razoável: a personificação evidentemente pode ser depois da constituIção do usufruto. Se não era prevista, sOmente se pode pensar em usufruto à comunhão, portanto a pessoas físicas. Não há cogitar-se de substituição de pessoas usufrutuárias. Não se pode, após a constituição, transformar-se o usufruto a pessoas jurídicas em usufruto a pessoas físicas, ou vice-versa, mudando-se a incidência do art. 741 pela do art. 739, 1, ou pela incidência do art. 741 a do art. 739, 1.

A êsse propósito, cumpre forrar o direito brasileiro a divagações a técnicas e a cientificas de juristas estrangeiros, como a de F. MESSINEO *(La Natura giuridica deila comunãone coniugate <Lei beni,* 72 a. e 130; Per l"individuazione deI "sogetto collettivo" non personificato, *Archivw giuridico,* N. 5., 12, 3 s.), que admite adquirente que não é pessoa física nem jurídica (~como não seria pessoa se pudesse adquirir?), e a de D.

Bnamto *(L"Usnfrutto e i diritti ali mi,* 93 s.), que aplica o art. 741 (art. 979, 2.8 alínea, do Código Civil italiano) em casos de comunhão.

Desde R. LUZZATTO *(La Compropri etã nel diriteo italiano,* 31 s.) e F.

CARNELUTTI (Studi *di diritto civile,* 165 s.) até

A.GRÁZIANI *(Diritto deite Societá,* 38), a tentativa de elevar a comunhão à categoria da pessoa jurídica tem perturbado a doutrina italiana, em confusões lamentáveis.

Nas pessoas jurídicas, há, como elemento agregante, a comunhão, porém não necessAriamente a comunhão de todos os bens. Por outro lado, se as comunhões existem sem que precisem personificar-se, nem por isso se dispensa a personalização para que se possa falar de aquisição de direitos. Não há pessoa jurídica entre condôminos, pOsto que condôminos possam associar-se e obter personificação para a sociedade que criaram.

A pessoa existe ou não existe. Não há por onde Imaginar terceira hipótese que seda entre a pessoa e a entidade não-personificada.

Quando as leis entendem permitir que o cômodo vá a alguma entidade não-personificada, ou que ainda se não personificou, atribui o bem a alguma pessoa, com encargo, ou sob outra figura jurídica. A tentativa de admitir que existam ou possam existir direitos de que o titular não seja pessoa solapa todo o edifício da ciência e só se vê em meios intelectuais em que o ideal de exatidão e honestidade científica escassela. É pena que em países de fina cultura jurídica tais espíritos derrapantes, por preocupação de novidade, apareçam.

## CAPITULO III

## OBJETO DO USUFRUTO

### § 2.256. Usufruto e objeto do usufruto

1.BENS E PATRIMÔNIOS. Tudo que pode ser usado e fruido, se apropriável, é suscetível de ser objeto do direito de usufruto. O art. 714 do Código Civil di-lo com minúcia: “O usufruto pode recair em um ou mais bens, móveis ou imóveis, em um patrimônio inteiro, ou parte diste, abrangendo-lhe, no todo ou em parte, os frutos e utilidades”.

2.ALIENABILIDADE DO OBJETO E GRAVADILIDADE. O objeto do

usufruto há de ser alienável. A inalienabilidade obsta à constituição, salvo se, tratando-se de bens públicos dominicais (Código Civil, art. 66, III), a lei especial permite a constituição de usufruto (art. 67). O uso comum dos bens públicos, quando restribuido pode ser, se a lei assim o concebe, usufruto (cp. art. 68).

As coisas destinadas ao culto, se pertencem a particulares, podem ser em usufruto. Quanto às organizações religiosas, a constituição de usufruto pode ser feita dentro de cada estrutura religiosa, de ducto o usufruto, ou por aquisição em propriedade e usufruto. O usufruto é sempre subordinado às regras jurídicas do direito brasileiro, especialmente à do art. 741 do Código Civil.

As coisas infrutíferas podem ser objeto de usufruto. Não assim as coisas sem qualquer usabilidade, por não serem suscetíveis de apropriação, É preciso, porém, que se não confundam usabilidade e utilidade econômica: há o usável que o não é economicamente.

Finalmente: pode haver bens inalienáveis, mas graváveis de usufruto, se bem que, de regra, a inalienabilidade implique ingravabilidade.

## § 2.257. Extensão do usufruto por incremento do objeto

1.ACESSÕES, ACESSÓRIOS E PERTENÇAS. Diz o Código Civil, no art. 716: “Salvo disposição em contrário, o usufruto estende-se aos acessórios da coisa e seus acrescidos”. O art. 716 tem triplo conteúdo: refere-se a) aos bens imóveis e às suas acessões; *b)* aos bens móveis e quaisquer acréscimos que se dêem (aumento do número de animais de caça, ou de pesca; especificação pelo usufrutuário, ou por outrem, nas espécies do art. 612, cf. art. 614; confusão, comissão e adjunção); e) aos direitos a que se prendem pertenças *(e.*

g., documento do direito) e aos direitos acessórios.

2.ACESSÕES AOS BENS USUFRUIDOS. O usufruto estende-se a todas as acessões do bem usufruído.

Sempre que se dá acessão o bem imóvel cresce (formação de ilha, aluvião, avulsão, abandono de álveo, construção de obras e plantações, Código Civil, art. 536): o domínio estende-se a todo ele; assim, o usufruto. Se o bem imóvel diminui, o objeto do domínio diminui e o do usufruto. (Em todo caso, pode dar-se que ainda possa alguém reivindicar parte do prédio contra o dono e não mais o possa

contra o usufrutuário.) Se a coisa móvel cresce, o usufruto cresce *(e.* g., na espécie do Código Civil, art. 615, § 2.0).

Se o dono une algum terreno ao terreno usufruído, tal união não estende o usufruto, porque não apaga as linhas que precisavam a extensão do bem usufruído, ainda que materialmente as destrua. A união por meio de processo e despacho administrativo (repartições públicas) não tem o efeito de alar o usufruto.

A distinção romana entre acessão por aluvião e a acessão de ilha nata no rio (L. 9, § 4, D., *de usu .tructu* et *quemadmodum quis utatur fruatur,* 7, 1, onde UIJPIANO adere a PÉGASO), com a conseqüência de se não estender o usufruto à ilha, não foi acolhida pelo direito civil brasileiro. O principio, no direito brasileiro, é o da extensão em quaisquer casos de acessão. A acessão é extensão do objeto.

A construção e a plantação são acessões. Ou parts.m do usufrutuário, ou do proprietário. Se o usufrutuário, que as fêz, pode destruí la é outra questão, que se tem de examinar noutro lugar.

Se o usufruto recai em prédio edificado e o edifício rui, ou tem de ser destruído, provê o art. 737, alínea 1~a, do Código Civil: "Se um edifício sujeito a usufruto for destruído sem culpa do proprietário, não será este obrigado a reconstruí-lo, nem o usufruto se restabelecerá, se o proprietário reconstruir à sua custa o prédio; mas, se ele estava seguro, a indenização paga fica sujeita ao ônus do usufruto". Na alínea .a: "Se a indenização do seguro 2

for aplicada à reconstrução do prédio, restabelecer-se-á o usufruto".

Para que o art. 737 incida, é preciso que o objeto do usufruto seja o edifício, com a sua base de terreno (terreno

+ edifício, sendo o edifício, economicamente, o principal>.

Se o proprietário fêz obras, ou plantou, sem assentimento ou consentimento do usufrutuário, dá-se a acessão, tenha havido, ou não, boa fé; todavia, uma vez que possuía a coisa ao tempo das obras ou plantações, tem direito à indenização a que se refere o art. 516 do Código Civil. Se de má fé, incide o art. 517.

Se as obras foram feitas por terceiro, possuIdor, regem os arts. 516 e 517, ou segundo a relação jurídica existente entre o usufrutuário e o terceiro possuIdor.

Se as reparações, de que precisa o objeto do usufruto, têm de ser feitas

pelo proprietário, o usufrutuário tem de pagar os juros do capital despendido, se necessárias à conservação ou se aumentaram o rendimento da coisa usofruida (art. 734). Aqui, supõe-se que o usufrutuário já tenha a posse. O dono apresenta a conta das despesas e o usufrutuário tem de pagar juros *legais.* ou os que forem *convencionados,* ou os que forem fixados judicialmente (até um por cento ao mês), se o proprietário propôs *ação de regulação.*

Se o usufrutuário deixa de pagar o que se prevê no art. 734. não tem o proprietário qualquer ação real contra o usufrutuário, nem lhe pode impedir o uso ou desfruto da obra feita. O dever e obrigação de prestar os juros é de caráter *pessoal.*

O direito do usufrutuário estende-se, automAticamente, ia construções e reparações feitas.

3.PERTENÇAS. Se o proprietário faz algo pertença do bem usofruído, antes de entregá-lo, é no momento de dar a posse ao usufrutuário que lhe pode caber qualquer *ia toliendi.* Se faz a tradição sem retirar a pertença, que o ato constitutivo não previa, entende-se que renunciou ao *ia toilendi:* continua dono do bem usufruído e da pertença; mas o usufruto estendeu-se a essa. Se o usufrutuário tinha alguma coisa que era pertença do bem usofruído e não a retira ao receber, o que se há de supor é que recebeu o bem em usufruto e a pertença como bem próprio.

Se, depois da posse pelo usufrutuário, esse destina ao bem usufruído alguma coisa ou direito (pertença), o usufruto não se estende à pertença: usufrui o bem objeto do usufruto e usa e frui, como dono, que é, a pertença.

Se foi o proprietário que pôs a pertença, tem-se de apurar:

a)se o fêz como reparação ou para aumentar o rendimento da coisa usufruida, espécies em que o usufruto se estende a ela, cabendo invocar-se o art. 734; i» se o fêz como possuidor interinal do bem usufruído, devendo, então, verificar-se-lhe a boa fé ou a má, fé, para aplicação do art. 516, ou do art. 517 do Código Civil.

O terceiro está sujeito aos arts.. 516 e 517, ou às regras jurídicas concernentes ao negócio jurídico entre ele e o usufrutuário.

*4.* INDENIZAÇÕES A SEREM PAGAS PELO PEOPRIETÁRIO

ADQIJIRENTE. Às vêzes, a aquisição da propriedade do incremento é ligada à indenização (Código Civil, arte. 541, 547, 549, parágrafo único, 613, 614, 615, § 2.0, e 616>. A indenização é *poste-tina,* e não *ria:* a acessão opera-se, ou outro incremento da propriedade, independente da indenização, que é dever *pessoal.* Pergunta-se: ~ pode o usufrutuário pagar as indenizações, em lugar do proprietário? Respondemos: sim, e ainda que o prédio ou o bem usufruído seja *nuilina.* Não importa se o proprietário deixou, ou não, de pagar. É o usufrutuário terceiro interessado que paga.

5.OBRAS DURANTE A POSSE DO USUFRUTUÁRIO. Durante a posse do usufrutuário, não pode ele opor-se às obras que o proprietário tem de fazer, por serem necessárias e extraordinárias ou de custo não módico (Código Civil, art. 734), ou quando, se as tinha de fazer o usufrutuário, não as fêz e infringiu o art. 738, II, pedindo o proprietário, ao juiz, que as deixe fazer. As demais obras, inclusive as que pareçam úteis, dependem do assentimento do usufrutuário. Tem ele a *ação de nunciação de obra nova.* Não importa se é terceiro ou dono do bem usufruído que as quer levar a cabo.

Se o usufrutuário quer a conservação de obra feita por terceiro e o proprietário a remoção dela, só se pode resolver a questão com a resposta à pergunta: poderia o usufrutuário fazer a obra que o terceiro fêz, sem ofensa aos direitos do proprietário?

Se proprietário e usufrutuário querem conservar a obra que o terceiro fêz e tem o proprietário de indenizar, o usufrutuário há de pagar os juros do capital invertido, como indenização.

Se as obras tiverem de ser feitas por exigência de lei de direito público, pode o proprietário exigir juros ao usufrutuário à medida que for satisfazendo o dever perante o Estado.

6.TÍTULOS DE CRÉDITO E USUFRUTO. Os prêmios que se conferem a títulos de crédito e a ações não são frutos, nem se pode pensar em que se invoque o art. 727 do Código Civil, relativo a achada de tesouro. A analogia seria com a acessão. Aliás, o art. 716, à diferença do que se passa em outros sistemas jurídicos, não fala de “acessões”, mas de “acessórios” e “acrescidos”. Acrescidos são o que se aumentou com a formação de ilha, a aluvião, a avulsão, o abandono de álveo, as construções e plantações. Acessórios são os direitos acessórios a outros direitos. O usufruto não faz fruto o prêmio, mas sobre o prêmio se estende o usufruto exatamente porque o prêmio se junta ao objeto do usufruto, pertencendo ao mesmo proprietário. (Cumpre que se não

confunda tal prêmio com o prêmio ao fruto, *e.* g., o prêmio aos produtos animais ou agrícolas da fazenda usufruida.) O prêmio tem de ser invertido, para que tenha uso e frutos, ou só frutos, ou só uso, segundo acordo entre proprietário e usufrutuário, por sentença em ação de sub-rogação As novas ações distribuídas gratuitamente, ou ao preço nominal, ou menor, e o direito de subscrição de novas ações são acessórios. O que fOr desembolsado rende juros ao proprietário, pagos pelo usufrutuário, mas o usufrutuário percebe os dividendos das ações. Se o proprietário não quer subscrever, pode fazê-lo o usufrutuário, prestando ao proprietário o valor do direito de subscrição, conforme a bOlsa, ou mercado, ou, no caso de renúncia do proprietário, sem nada lhe pagar. Uma das melhores soluções é a cominação ao proprietário pelo usufrutuário para que subscreva, ou renuncie, ou venda o direito de subscrição ao usufrutuário .

7.DIVERSOS ACESSÓRIOS E USUFRUTO. O usufruto estende-se a todas as servidões que tem o prédio usufruído. JULIANO admitia que o usufrutuário exercesse a *vindica tio servitwtis* contra o terceiro que lhe impedisse o uso da servidão, ao passo que LABELO e NERVÁ, seguidos por MARCELO e ULPIANO, lha negavam: para esses teria de ser exercida a *vindicatio nausfructa,* com o mesmo resultado. Sobre as duas opiniões, ULPIANO, na L. 1, § *4,* D., *de remissionibus,* 43, 25, e na L. 1, pr., D., *si usa fructus petatur veZ ad alium pertinere negetur, 7,* 6. É assaz provável que a segunda opinião, no que se refere à *vindicatio usual ructus,* seja interpolação justinianéja, deturpando a opinião de LABEXO e de NERVA.

A solução de JULIANO, por sua adequação aos princípios, havia de impor-se, a despeito de certas criticas impertinentes. O que lhe faltava era o conhecimento científico dos direitos sobre direitos. Não importa se a servidão foi anterior ou posterior à constituição do usufruto. As pretensões e ações derivadas do direito de servidão, ainda contra terceiro, podem ser exercidas pelo usufrutuário. O proprietário do prédio é titular do direito de servidão; o usufrutuário a exerce, porque a servidão é direito acessório da propriedade do prédio. Não se precisa da noção de procura que acudiu ao próprio ULPIANO (L. 1, § 20, *de oieris novi reuntiatione,* 39, 1), a propósito da nunciação de obra nova: ..... usufructuarias ... procuratorio nomine nuntiare potest".

Surge, porém, o argumento quanto à renúncia. Se o proprietário é o titular da servidão, ainda se adquirida depois da constituição do usufruto, j,pode renunciar? Mas, advirtamos, se a renúncia do domínio não atinge o usufruto, como poderia atingi-lo a renúncia à servidão? Se é certo que o dono tem a servidão, ligada ao domínio, o

usufrutuário tem o usufruto a que também ela se ligou. O dono, que renuncie à servidão, não pode renunciar senão nuamente, isto é, ressalvado o usufruto. O direito do usufrutuário sabre a servidão é direito sobre direito: o direito de servidão cindiu-se em direito de servidão ligado ao domínio e direito de servidão ligado ao usufruto; o prédio serviente serve ao prédio dominante e êsse está sob domínio e usufruto, talvez mesmo seja *nullus* e em usufruto. A renúncia pelo proprietário seria àquele direito ligado ao domínio e não ao que está ligado ao usufruto, porque desse ele não é titular.

Certamente, temos de repelir todas as opiniões que apontem no direito do usufrutuário no tocante à servidão direito interinário, ou temporário, de propriedade. Temporário ele o é porque o é o usufruto. O corte que, com a constituição do usufruto, ou porque há o usufruto, se dá no direito de servidão, não é *tio tempo,* é no direito mesmo de servidão, que fica restringido no exercício, como o usufruto *restrire gira* o exercício do domínio e exatamente porque o restringira.

O usufrutuário é titular do direito de servidão, como o é o proprietário, apenas a titularidade é somente quanto ao usufruto da servidão. Há dois titulares, sem que haja comunhão, e sem que se ligue a determinado tempo. A construção que fizesse o usufrutuário ser o único titular durante o usufruto aberraria dos princípios: o que o usufruto extraiu, por meio de restrição, ao exercício do domínio, também extrai à servidão. O usufruto é direito restringente dos dois direitos, do domínio e do direito de servidão. Dai serem dono e usufrutuário, nas questões de servidão, litisconsortes.

Se a servidão precisa de obras que incumbem ao usufrutuário pode exigi-las o proprietário. Se incumbem ao proprietário, pode exigi-las o usufrutuário. Bastaria isso para se mostrar a existência de dois titulares, sem comunhão, nem temporariedade. Cada um tem e pode exercer o seu direito, pretensões e ações. Se o usufrutuário renuncia ao seu direito, não renuncia ao direito do proprietário; mas o usufrutuário, que assim procede, pode causar a perda da servidão, por parte do proprietário, pelo não-uso (Código Civil, art. 710, III).

Aqui, a solução é a ação comunitária, porque o usufrutuário tem a obrigação de velar pela conservação e conservação não é só a material, mas, também, a jurídica e entrega dos bens, acessões e direitos acessórios, findo o usufruto (art. 729).

Se o usufrutuário adquire o fundo serviente, não se extingue a servidão (PAULO, L. 30, § 1, D., *de servitutibus praediorum urbartontm,*

8, 2), ainda que ele o queira. Nem se extingue ela se é o proprietário quem o adquire.

O proprietário pode adquirir servidões a favor do prédio usufruído, antes ou depois da constituição do usufruto.

Para si, adquire o direito de servidão; para o usufrutuário, o direito de usufruto sobre a servidão <direito sobre direito). Se o proprietário prestou algo pela servidão, e há aumento do rendimento liquido do prédio usufruído (ou aumento da sua utilidade), incidem, analogicamente, o art. 784 e o parágrafo único, devendo o usufrutuário pagar os juros do capital despendido. Se ao usufrutuário não aproveita a servidão, nem assentiu em que fEsse adquirida, não tem dever e obrigação de pagar os juros do capital, mas pode exercer o direito de servidão. Não há razão para se lhe vedar o exercício, pois a acessoriedade do direito independe de sua atitude, tanto que, se não paga os juros, nas espécies de servidão proveitosas, a servidão é por ele exercivel (adquiriu, *antes,* o direito de usufruto sobre o direito de servidão, direito acessório do direito de usufruto). O dever e a obrigação de prestar juros nada têm com a aquisição: são pessoais.

O usufrutuário pode adquirir servidão para o prédio usufruído, ainda em se tratando de prédio serviente seu, ou do proprietário. Se a servidão é tal que, aumentando, ou não, o valor do prédio usufruído, não se restringe ao tempo do usufruto, ao domínio e não só ao usufruto se ligou, como direito acessório, o de servidão. Se a servidão foi adquirida com caráter temporário, ou de utilidade somente para o usufrutuário, adquiriu-a o usufrutuário, para si e adquire-a o proprietário, porque o direito de servidão é cedível , conforme dissemos, porém não atribuível ao usufruto sem atribuição ao domínio. Se o usufrutuário o é de prédio *nullia,* o direito de servidão é *nullus,* quanto ao domínio, e do usufrutuário, quanto ao usufruto. As servidões não se extinguem por se tornar *nullus* o prédio

dominante ou o prédio serviente. Passa-se o mesmo em relação ao enfiteuta, de modo que a aquisição pode ser pelo senhorio, pelo enfiteuta e pelo usufrutuário. A interpredialidade da servidão repele que o usufrutuário adquira servidão e não a adquira o dono do prédio ou o enfiteuta. Sem razão, O. BRANCA (DeIte Servitù prediali, *Commentario dei Codice civile,* III, 634 s.; O. GROSSO, em O. GROSSO e O. DEJANA, Le Servitú prediali, *Trattato di Diritio civile,* V, *1,* 84). Cumpre, porém, observar-se que a servidão só interessante para o usufrutuário e extinguível com o usufruto, é renunciável pelo usufrutuário.

O que se disse sabre as servidões voluntárias também se há de entender quanto às servidões coativas. (Os direitos de vizinhança, direitos limitativos, e não direitos restringentes, são sempre limitantes do domínio e, pois, do usufruto.)

Mais uma vez frisemos que a regra *Nemini res sua servil* não incide, podendo o usufrutuário ser dono do prédio serviente ou do prédio dominante, ou ser dono de qualquer dOtes o dono do prédio usufruído.

Os outros direitos acessórios têm o mesmo tratamento técnico que aqui se acabou de dar às servidões. Os princípios são os mesmos. O usufrutuário do crédito é usufrutuário da garantia hipotecária, pignoratícia ou caucional (não do crédito hipotecário, pignoraticio ou caucional, confusão a que se não forrou O. PUGLIESE, Usufrutto, Uso-Abitazione, *Tratt ato di Diritto civile* de F. VASSALLI, IV, *5,* 286).

§ 2.258. Dívidas do constituinte do usufruto

1.USUFRUTO sOm BEM SINGULAR. O ato de constituição de usufruto pode ser ofensivo dos direitos dos credores. Pode ser anulado por fraude contra credores <Código Civil, arts. 106-113) o negócio jurídico básico, quer gratuito (art. 106) quer oneroso. Tratando-se de pessoa sujeita à falência, o negócio jurídico básico e, pois, o acordo de constituição que lhe sobrejaz, pode ser declarado *ineficaz* em relação aos credores do falido (Decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945, art. 52), ou revogado falencialmente (Decreto-lei n. 7.661, art.

53), ou excluido o direito (Decreto-lei n. 7.661, art. 99).

2.USUFRUTO SOBRE PATRIMÔNIO. As dívidas do constituinte do usufruto têm de ser pagas por ele, portanto com o seu patrimônio, livre ou usufruído.

§ 2.259. Usufruto e comunhão

1.COMUNHÃO DE USUFRUTO. A comunhão de usufruto pode ocorrer se foi constituído a favor de duas ou mais pessoas, físicas ou jurídicas, sem se proceder à divisão do bem, ou do patrimônio objeto do usufruto. É o co-usufruto. Também se estabelece se a constituição foi a uma só pessoa, física ou jurídica, sobre parte indivisa de bem, ou de

patrimônio, e posteriormente o constituinte outorga usufruto da outra parte a outra pessoa. Se entre os que usam e fruem o bem, ou o patrimônio, há pessoa ou pessoas que não são usufrutuários (o dono, ou o enfiteuta), não há co-usufruto, ou comunhão de usufruto: há comunhão de uso e de fruição entre dono < ou enfiteuta) e usufrutuário. Tão-pouco há co-usufruto se alguém tem o uso ou a habitação e outrem o usufruto.

Oco-usufruto trata-se como a comunhão de propriedade ou condomínio. Se o bem ou patrimônio está em comunhão tiro *divisa,* ou o usufruto é sobre cada parte divisa, ou sobre o todo, o que retira ao usufruto a multiplicidade, ainda que se dê comunhão *pra indiviso* do usufruto a despeito da comunhão *pra divisa* do domínio. Tem A o domínio dos doze aparts.mentos, mas constituiu usufruto do todo a B ou a B e C.

No co-usufruto, cada titular é usufrutuário de quota indivisa e o exercício é cessível como o seria o do usufruto sobre o todo (Código Civil, arts. 717, 2.8 parte, e 623, III). Todavia, nenhum co-usufrutuário pode, sem prévio assentimento dos outros, dar posse, uso ou fruição de propriedade a estranhos (art. 633). Qualquer deles pode usar Livremente da coisa ou do patrimônio, conforme seu destino, o sobre a coisa, ou o patrimônio, exercer os direitos compatíveis com a indivisão (art. 623, 1) e propor a *vindicatio ususfruetus* (art. 623, II). Se um dos usufrutuários falece, deduz-se o que fOr do outro ou dos outros usufrutuários (Decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945, art. 48, parágrafo único). Cada usufrutuário tem de concorrer para as despesas de conservação, ou divisão do bem e suportar os ônus a que esteja sujeito o bem, na proporção da sua parte indivisa (art. 624).

Se algum deles não se conforma com as despesas de conservação e com os ônus, divide-se o bem, respondendo pelas despesas de divisão o quinhão de cada um (art. 624, parágrafo único). As dividas contraídas em proveito da comunhão por um obrigam o contraente e *tem* êsse ação regressiva contra outros (art. 625).

2.COMUNHÃO ENTRE USUFRUTUÁRIO E PROPRIETÁRIO. A comunhão entre usufrutuário e proprietário não é co-usufruto, mas rege-se pelos princípios concernentes ao co-usufruto ou comunhão de usufruto, porque o domínio contém o usufruto. Para haver co-usufruto, teriam de concorrer *u* e *u;* há, na espécie, *u* e *u* + x. Nenhum inconveniente há em que o tratamento seja o mesmo, a despeito de não serem equivalentes co-usufrutos e comunhão entre usufrutuário e proprietário. Se os princípios da compropriedade ou condomínio são

invocáveis

em se cogitando de co-usufruto, a *fortiori* se em causa está comunhão de usufruto e de propriedade (aliás, de usufruto e *usa* e *fruotus* do proprietário).

A comunhão entre usufrutuário e proprietário pode resultar: a) da constituição de usufruto sobre parte indivisa, não estando as outras, ou algumas, ou alguma, em usufruto; b) da constituição de usufruto sobre parte indivisa pertencente a condômino; *c)* da extinção do usufruto (art. 739, 1-111, V-VII) quanto a uma parte indivisa, se havia co-usufruto; *d)* de a lei atribuir a alguém usufruto sobre parte indivisa *(e.* g., Decreto-lei n. 3.200, de 19

de abril de 1941, art. 17); *e)* da alienação do domínio, com *deductio usufructus* quanto a parte indivisa do bem ou patrimônio alienado.

É preciso atender-se a que os direitos de domínio e de usufruto são *quantitativamente* diferentes, mas homogêneos *qualitativa.mente,* quanto ao uso e à fruição. Quem é proprietário, embora não tendo direito real de usufruto, usufrui (usufruto, conceito do mundo fático), como a peça de pano de quarenta e cinco metros contém o "corte" de três metros e meio, se bem que não se haja cortado o pano.

Os direitos e deveres do proprietário do bem usufruído persistem, ligados ao que não foi retirado pelo usufruto da parte indivisa, pOsto que, no tocante ao que lhe resta de elementos correspondentes, na outra parte indivisa, à parte indivisa usufruída, tenha file os mesmos direitos, pretensões e ações que o usufrutuário.

Diz o art. 17 do Decreto-lei n. 3.200, de 19 de abril de 1941, segundo a redação que lhe deu o Decreto-lei n.

5.187, de 18 de janeiro de 1948: "À Brasileira, casada com estrangeiro sob regime que exclua a comunhão universal, caberá, por morte do marido, o usufruto vitalício de quarts. parte dos bens deste, se houver filhos brasileiros do casal, e de metade, se não os houver". Dá-se, necessariamente, comunhão de usufruto e domínio, porque os herdeiros, legítimos ou testamentários, recebem propriedade, e o cônjuge sobrevivente o usufruto sobre a quarts. parte ou a metade dos bens.

A respeito da comunhão entre usufrutuário e proprietário, há alguns erros que precisam ser apontados e evitados: se o comproprietárlo dá em usufruto a própria quota, não é verdade que a administração lhe fique (sem razão, G. BRANCA, Delia Comunãone, *Commentario dei*

*Codice Civile* de A. SCIALOJA e <3.

BRANCA, 116), tanto mais quanto, se o usufruto fEsse em comunhão com o proprietário, aquele concorreria na administração; se o comproprietário dá em usufruto a própria quota, o usufrutuário não pode pedir a divisão da coisa, porque não o poderia, só por si, pedir, se o caso fEsse de co-usufruto, e os que o negam afastam-se dos princípios.

## CONSTITUIÇÃO DO USUFRUTO

### § 2.260. Técnica legislativa

1. TÉCNICA DA CONSTITUIÇÃO DO USUFRUTO. Na técnica da constituição do usufruto, presseguiu-se no que se estabelecera em direito romano, sendo de notar-se que se assimilaram os resultados científicos sobre a aquisição do domínio.

O usufruto 6 constituído, diz-se, por ato do homem oi pela lei. Isso não significa que os casos de usufruto dito legal sejam estranhos à vontade humana, nem que se prescinda da regra jurídica quando negocialmente se constitui usufruto. A constituição do usufruto ou é por eficácia de negócio jurídico, com o acordo de constituição, ou resulta de fatos a que a lei atribui a criação de usufruto. Típico é, da última espécie, o caso do art. 17 do Decreto-lei n. 3.200, de 19 de abril de 1941:

"À Brasileira, casada com estrangeiro sob regime que exclua a comunhão universal caberá, por morte do marido, o usufruto vitalício de quarts. parte dos bens deste, se houver filhos brasileiros do casal, e de metade, se não os houver".

2.TÉCNICA DA TRANSMISSÃO. Se bem que, *de jure condendo,* se houvesse lamentado, ainda na doutrina alemã, que se tivesse conservado o postulado da intransmissibilidade, as legislações mais responsáveis não romperam com a atitude do direito romano, para seguir o Código Civil francês, art. 595, que permite a transmissão. Dai surgem conseqüências dignas de nota: o usufruto não pode ser gravado, nem penhorado (penhoráveis são os frutos>; não entra em concurso de credores, pOsto que possam entrar os frutos.

3.USUCAPIÃO NÃO É CAUSA DE SE ADQUIRIR USUFRUTO.

O sistema jurídico brasileiro não admitiu a constituição do usufruto por usucapião. Não porque a posse do usufrutuário seja equivoca, proposição que seria totalmente fora de tempo em sistema jurídico que chegou, como o brasileiro, ao mais alto grau de técnica e de clareza em matéria de posse e só seria perdoável em sistemas jurídicos obscuros a êsse propósito *(e.* g., F. CARNELUrrI, *Usucapione defla Pra priet& industriale,* 18 5.>; mas sim porque, se o legislador acolheu a constituição pela posse incontestada e continua por dez anos ou por quinze anos a respeito das servidões aparentes (cf. arte. 698 e 697), nada disse quanto ao usufruto, que ou resulta de negócio jurídico ou da lei.

Há julgados sobre aquisição do usufruto por usucapião, mas sem argumentos e sem conhecimento do problema, como o da Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Espírito Santo, a 4 de abril de 1942 *(Acôrdos,* 1942, 79).

4.CONSTITUIÇÃO DE USUFRUTO A FAVOR DE DUAS OU MAIS PESSOAS. Diz o art. 740:

“Constituído o usufruto em favor de dois ou mais indivíduos, extinguir-se-á parte a parte, em relação a cada um dos que falecerem, salvo se, por estipulação expressa, o quinhão desses couber aos sobreviventes”. Trata-se de aquisição posterior à constituição e à aquisição por todos. Diante de tal regra jurídica, não faltou quem, considerando-a anômala, proclamasse não poder ser explicada. Outros juristas se esmeraram em dar fundamento à anomalia, que classificavam como *direito de acrescimento.* Trata-se de disposição a favor de dois ou mais sujeitos que se tornam, por ela, titulares do direito de usufruto, sem consolidação antes de falecer o último dos titulares, O proprietário é que dispõe do seu direito, sem que se possa pensar em disposição do direito do usufrutuário, que se extingue exatamente com a morte. Por isso mesmo, o art. 740 não produz usufruto sucessivo, que é constituído a favor de duas ou mais pessoas, uma após outra. O usufruto já foi adquirido por todos, enquanto resta um, tal como a sociedade pode, segundo o art. 1.402, continuar com os sócios que restem, se bem que se entregue o quinhão ao sucessor do sócio pré morto. O conteúdo do direito dos usufrutuários é o de usufruto *pra parte* mais, eventualmente, *pro parte* do que deixar de ter titular. Não há, praticamente, acrescimento, e o art. 740 evitou o termo.

Em virtude do art. 745, o art. 740 incide em matéria de uso e de habitação; não, de renda constituída sobre imóveis, posto que possa ocorrer o pacto de não-consolidação, se o constituinte a favor de duas ou mais pessoas assim o dispôs (art. 1.429: "Quando a renda fOr constituída em beneficio de duas ou mais pessoas, sem determinação da parte de cada uma, entende-se que os seus direitos são iguais; e, salvo estipulação diversa, não adquirirão os sobrevivos direito à parte dos que morrerem").

## § 2.261. Constituição de usufruto entre vivos

1.NASCIMENTO DO USUFRUTO. O usufruto sobre imóveis constitui-se por negócio jurídico entre vivos, desde a inscrição no registro, em sendo entre vivos a constituição (Código Civil, art. 715), ou em virtude de sucessão legitima ou testamentária, em se tratando de herança de usufruto (art. 1.572). Os arte. 715, 615 e 856, III, têm de ser interpretados em concordância com o art. 1.572, que rege a saisina.

Também nasce o usufruto com o casamento e a composição do suporte fático do art. 260, 1, do Código Civil, ou do suporte fático do art. 17 do Decreto-lei n. 8.200, de 19 de abril de 1941, ou com o *exercício* do pátrio poder, tendo bens imóveis e frutíferos o incapaz.

Pode ocorrer sub-rogação, em que o usufruto de crédito se converta em usufruto de coisa, ou por sub rogação de qualquer bem em usufruto. Não há usucapião de usufruto. Se B possui, a título de propriedade, o prédio de A e constitui a favor de C direito de usufruto, dá-se constituição de direito de usufruto em coisa alheia, de modo que tal constituição de usufruto, como a de direito de propriedade sobre coisa alheia, é ineficaz em relação a A; se B vem adquirir a propriedade, por usucapião, *pós- eficacaz se* a situação de C. Se correu, entre presentes, o prazo prescripcional de dez anos, ou o de quinze, entre ausentes, tem o usufrutuário exceção de prescrição contra quem se diz dono do prédio, *in casu* A. A matéria de boa fé não é de discutir-se, no direito brasileiro, porque não adotou ele a usucapião de usufruto.

Sempre que pelo negócio jurídico unilateral se pode alienar a propriedade a favor de alguém, pode-se constituir usufruto *(e.* g., promessa de recompensa, art. 1.512; doação de terceiro para determinado casamento, art. 313).

O acordo de constituição é outra coisa.

2.NEGÓCIO JURÍDICO E LEI. A alusão à constituição em virtude de negócio jurídico envolve o negócio jurídico básico e o acordo de constituição. Não é o contrato que constitui, o que constitui é o *acordo de constituição.* O negócio jurídico básico pode ser negócio jurídico unilateral, *e.* g., promessa de recompensa.

Não se há de pré-excluir a possibilidade de se distribuirem títulos, sorteáveis ou não, que dêem usufruto sobre lotes de terras. O acordo de constituição, êsse, há de ser bilateral. A causa de morte, o testamento pode instituir a herança de usufruto ou o legado de usufruto.

Na reserva de usufruto, há o negócio jurídico de alienação e o acordo de reserva, mas o acordo de reserva

"ressalva", de modo que só se aliena menos o usufruto. Não há a transferência da propriedade e a ida e volta do uso e da fruição; uso e fruição ficam, para que simultaneamente se transfira a propriedade *já* sem os elementos necessários à composição do usufruto (transferência de propriedade *restringida)* e constituição do usufruto, O

constituinte não é o adquirente, é o próprio alienante ao só alienar p *u* <propriedade *menos* usufruto>.

3.LEGITIMação E CONDIÇÕES DO NEGOCIO JURÍDICO. Somente pode constituir usufruto quem tem uso e fruição, ainda que pessoalmente cedidos. O dono do prédio que está alugado pode constituir usufruto, O que constituiu enfiteuse já não o pode constituir. Idem, o que já antes o constituira.

Discute-se se, havendo usufruto, pode o dono do prédio usufruído legá-lo em usufruto, ficando a eficácia do legado para quando ocorra a morte do usufrutuário, ou por outra causa se extinga o usufruto. A resposta é afirmativa. Trata-se de constituição a termo inicial; no direito brasileiro, eficaz.

A 3.ª Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, a 13 de janeiro de 1944 (2?. *F.,* 98, 411), entendeu

que somente pode constituir usufruto quem é titular do domínio; mas esqueceu-lhe o enfiteuta.

A hipoteca do prédio não impede que se constitua usufruto (5,5 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 15 de outubro de

1948, *R. dos* 2"., 178, 210) ; mas, na execução pela divida garantida pela hipoteca, não se levam em conta os gravames posteriores, que são *relativamente ineficazes.*

4.USUCAPIÃO E DIREITOS REAIS LIMITADOS. A constituição de servidão não impede que se constitua, depois, usufruto.

Quanto ao uso, a fruibilidade da coisa só é dada ao usuário até onde o "exigirem as necessidades pessoais suas e de sua família" (arts. 742 e 743). Algo pode restar de uso e frutos pode haver. Não há impedimento, portanto, para a constituição do usufruto. Usufruto um tanto esvaziado, mas usufruto. O mesmo raciocínão há de ser feito quanto à habitação (art. 746). Se há anticrese, o usufrutuário fica em situação deficiente enquanto não se solve a dívida, mas o usufruto é constituivel.

O usufruto não é oponivel aos credores hipotecários, pignoratícios ou anticréticos se foi constituído depois da hipoteca, da penhora ou da antícrese. Na execução forçada, o capital é empregado para pagamento e para a subrogação, no que sobre.

Tratando-se de penhor, a posse fica, de regra, com o credor pignoratício, porém isso não é óbice à constituição do usufruto.

5.AQUISIÇÃO DE USUFRUTO "A NON DOMINO". Se constituinte do usufruto foi *mm dominus,* tem-se de apurar se, sendo "adquirente" do domínio em vez de "adquirente" do usufruto o outorgado, adquirira, em verdade, o domínio. Os princípios são os mesmos. Tudo depende, portanto, da classe do bem objeto do usufruto, ou, na verificação, do domínio. Assim como não se adquire a propriedade do anel como se adquire a propriedade dos títulos cambiários, assim também não se adquire o usufruto do anel como se adquire o usufruto dos títulos cambiários. Diga-se o mesmo a respeito dos bens imóveis.

Também nas espécies em que o usufruto deriva da lei (marido, titular do pátrio poder, mulher de nacionalidade brasileira casada segundo regime que pré-exclui a comunhão universal de bens), o usufruto se adquire sobre bens de que o cônjuge, o incapaz ou os herdeiros adquiriram o domínio ou a enfiteuse.

O herdeiro da enfiteuse, na espécie do art. 17 do Decreto-lei n. 3.200, de 19 de abril de 1941, adquire a enfiteuse; e a viúva, o usufruto sobre o bem enfitêutico. Se a enfiteuse não foi adquirida ao dono, mas prescreveu a ação de reivindicação, ou a negatória, também não mais

pode o dono ir contra o usufrutuário.

O constituinte há de estar legitimado à constituição do usufruto. Se pressupõe a titularidade de determinado direito, hoje direito há de existir antes de se constituir o usufruto. Isso, quanto aos objetos que não têm legislação especial para a aquisição de direitos a *non domino*. O usufruto adquirido a pessoa que constava do registro de imóveis como dono é usufruto a respeito do qual o art. 530, 1, do Código Civil é invocável, por analogia. Se o usufruto recai em bem móvel, regido, quanto à aquisição do domínio, pelos princípios gerais de aquisição da propriedade imobiliária, o usufruto adquirido ineficazmente se torna eficazmente adquirido se o constituinte, ou seu sucessor, vem a adquirir a coisa (Código Civil, art. 622). Se o usufruto é de título cambiário, o possuidor-usufrutuário de boa fé adquire o usufruto, se a transferência do título foi conforme os princípios concernentes aos títulos endossáveis ou aos títulos ao portador ou endossados em branco.

Se o condômino, em vez de constituir o usufruto sobre a parte indivisa que lhe cabe, o constitui sobre duas ou mais, ou sobre o todo, há usufruto *eficaz* da parte e usufruto *ineficaz* do resto. Trata-se a espécie como a alienação de domínio alheio. Os outros condôminos não se podem opor a que o adquirente de mais possa exercer os direitos sobre o que eficazmente adquiriu. Se o constituinte vem a adquirir as outras partes, ou, na ação de divisão, se lhe adjudica toda a coisa, pós-eficaciza-se a aquisição pelo usufrutuário. Idem, se se lhe adjudicam algumas das partes ineficazmente alienadas ou alguma parte.

6.FALTA DE PODER DE CONSTITUIÇÃO. Se o usufruto foi constituído por pessoa que não tinha a propriedade, do bem, ou que a tinha porém já havia gravado o bem, de modo a não mais poder constituir usufruto, a constituição do usufruto é *ineficaz*. Cumpre, porém, ter-se sempre em vista que o art. 530, 1, do Código Civil e as leis especiais sobre aquisição de títulos cambiários ou cambiariformes, ou de títulos ao portador, podem incidir, *por analogia*.

O negócio jurídico básico, inconfundível com o acordo de constituição, pode ter sido oneroso ou gratuito e o inadimplemento ou o adimplemento não-satisfatório tem as conseqüências que lhe prevêem os princípios, *e. g.,* a de resolução.

Advirtamos que a doutrina dos povos latinos baralha, lamentavelmente, o negócio jurídico básico e o acordo de constituição. O direito brasileiro não herdou tais imprecisões e é

preciso que não as importe.

O dono do bem usufruído pode prometer a constituição de usufruto depois de se extinguir o usufruto vigente; e pode constitui-lo desde já. Seria ineficaz o acordo de constituição, sem condição suspensiva, por ser sem uso e fruição o constituinte do usufruto.

7.NEGOCIO JURÍDICO ENTRE vivos. A constituição de usufruto mediante negócio jurídico entre vivos depende de escritura pública, se o valor excede a taxa legal (Código Civil, art. 134, II; Lei n. 1.768, de 18 de dezembro de 1952). Em se tratando de imóveis, há de haver o *acordo de constituição* e a *inscrição.* Se se trata de móveis, o *acordo de constituição* e a *transição* ou entrega. Basta a tradição *brevi manu,* a tradição *longa manu,* o constituto possessório ou a transferência da posse mediata *(e. g.,* transferência da posse. mediata, por estar alugado o bem móvel objeto do usufruto).

Se o bem móvel, objeto do usufruto, está sob a posse de alguém, que não é possuidor imediato em relação ao outorgante, ou possuidor mediato sem ser mediador da posse do outorgante, o *acordo de constituçâo* entende-se seguido de cessão da pretensão à entrega, nos termos do Código Civil, art. 621, *ex argumento* ("Se a coisa alienada estiver na posse de terceiro, obterá o adquirente a posse indireta pela cessão que lhe fizer o alienante de seu direito à restituição da coisa").

Se os bens usufruídos estão depositados em banco e o dono constitui o usufruto, passa o dono a ser somente possuidor mediato, seguindo-se-lhe o usufrutuário (possuidor de grau abaixo) e o banco continua possuidor imediato, com posse de depositário. Se alguém se faz passar por dono e obtém alvará, contra ato do juiz tem de ir o dono e reclamar a propriedade e a posse mediata, se bem que não possa exigir a devolução da coisa em posse imediata (não a devolução da coisa em posse mediata, o que tinha e conserva; certa, MAROARETUE

SdnnK, Die Einrede aus dem Recht zum Besitz, *Jakrbiicher fiLr die Dogmatiie,* 67, 339; sem razão, P.

OERTMANN, Beitrãge zur Lehre Abtretung de Eigentumsanspruchs, *Archiv fiir die civilistieche Prazia,* 113, 57 s.).

Se o usufruto foi adquirido a *non domino,* regem os princípios concernente à aquisição do domínio a *non domino.* Se trata de usufruto sobre bens imóveis, a aquisição por ato entre vivos resulta do registro; se de bens móveis, não há aquisição *a non domino,* devido à exigência de não recair sobre coisa que não pertence ao outorgante, salvo pós-

eficacização. Se o objeto do usufruto é titulo ao portador, há a aquisição como haveria a da propriedade, se de domínio fesse; se é titulo cambiário ou conforme, o endosso em usufruto a portador de boa fé ou a aquisição pela tradição ao possuidor de boa fé opera segundo os princípios da *lez specialis.* O que se disse, no tocante à aquisição do domínio, é invocável, *mutatis mutandis.* O usufrutuário adquire como o titular do domínio adquiriria. Não há, porém, no direito brasileiro, a usucapião de usufruto, quer se trate de imóveis, quer de móveis. Pode dar-se pós-eficacização em virtude de ter o outorgante adquirido, por usucapião, o domínio.

Quando o dono da coisa constitui o usufruto por dedução (= aliena a propriedade e fica com o usufruto), quem outorga é o próprio constituinte do usufruto, porque transfere o domínio *deducto gana fructa,* sem se poder imaginar que se aliene toda a propriedade e seja o adquirente o outorgante (sem razão, MÃRTIN WOLFF, *Lehrbuch,* III, *2,* § 115, nota 1).

Ou se trate de usufruto de imóveis, ou de parte de imóveis, o acordo de constituição é negócio jurídico *abstrato.*

Por trás dele está, porém não necessariamente, negócio jurídico básico causal. O negócio jurídico básico pode ser promessa de doação ou de dote, legado, ou adimplemento de negócio jurídico comutativo, à semelhança da compra-e-venda, cujos princípios são invocáveis, com o preço, ou prestação periódica. O negócio jurídico pode ser nulo, ou anulável, e válido o acordo de constituição. Pode dar-se, todavia, que se tenha feito dependente da validade do negócio jurídico básico o acordo de constituição.

Se o usufruto é de móveis, tem-se de atender às diferenças entre o direito que rege os bens móveis em geral, o que concerne aos títulos ao portador em geral e o que só se refere aos títulos cambiários e cambiariformes. Se o objeto é bem incorpóreo, tem-se de atender o que se expôs nos Termos XVII e XVIII sobre propriedade intelectual e industrial.

8. INTERPRETação DO ACORDO DE CONSTITUIÇÃO. O acordo de constituição do usufruto pode ser obscuro. Algumas vêzes, a palavra “usufruto” não aparece, e é de usufruto que se trata; certas vêzes, emprega-se o termo “fideicomisso”, ou outro, e em verdade há usufruto. Não raro, fala-se de usufruto, e usufruto não há.

Tem-se de procurar o que o declarante *quis* (Código Civil, art. 85). A

primeira atenção há de ser para a personalidade ou a realidade do direito. Se o que se quis não foi o direito real, usufruto não se quis. Se o que se quis outorgar foi direito real, tem-se de indagar se se outorgou domínio ou direito real limitado. Respondido que se quis direito real limitado, verifica-se se tal direito foi usufruto.

A indicação temporal "enquanto viva" não basta à caracterização do usufruto. A propriedade .resolúvel pode ser enquanto viva. O fideicomisso, idem, porque é propriedade resolúvel. Tratando-se de herança, mais provável é que se trate de fideicomisso (cf. CÉ"VOLA, L. 39, D., *de nau et usufruciu et reditu et habitatione* a *operis per legatum vel fideicoramissum datis,* 33, 2; L. 15, D., *de auro argento mundo ornamentis unguentis veste vel vestimentis et statuis legatis,* 34, 2).

O Supremo Tribunal Federal, a 3 de agOsto de 1942 *(1?. dos T.,* 146, 834), livrando-se de enxertias francesas e italianas, de opiniões portanto elaboradas em sistemas jurídicos tão diferentes do brasileiro, a que não se forraram Rui RAmOsA, F. MENDES PIMENTEL e outros, firmou que, na dúvida, se presume fideicomisso e não usofruído o que o testador estabeleceu. No julgamento disse o Ministro OROSIMBO NONATO:

"O ensino dos juristas italianos e franceses, muito explicável, aliás, em face do Código Napoleão e do italiano, recebido inadvertidamente pelos juristas nacionais, foi que enterrou a limpidez, a exatidão do ensino de TEIXEIRA DE FREITAS. Em face daquela presunção, pôde *J.* UNa PONTES DE MIRANDA dizer que, "deixado o usufruto a A, devendo ir o bem por morte daquele a E, se tem, na dúvida, por fideicomisso. Dir-se-á que o termo fideicomisso não é de uso dos leigos. E é ento. Mas a noção, que Ele encerra, é a que acode mais facilmente, ainda que com o nome de usufruto. Dai dizer PONTES DE MIRANDA que, "se é certo que os leigos não sabem o que é fideicomisso, mais vulgar é pensarem Eles em deixar os bens a uma pessoa, passando, por morte dela, a outrem, do que cindirem propriedade e usufruto, operação sutil de que nenhuma idéia têm" (cf. *R. de D.,* 111, 342-346).

§ 2.262. Constituição por testamento e para a sucessso legitima

1.DEIXA HEREDITÁRIA DE USUFRUTO. A deixa hereditária de usufruto pode ser legítima se o decujo, pai ou mis, entendera fazer a partilha da herança e a fêz com dedução de usufruto para algum dos herdeiros (Código Civil, art. 1.776). De regra, é testamentária;

oriunda, portanto, de negócio jurídico, e não da lei.

O problema mais grave é o que concerne ao momento da constituição, se foi *mortis causa.*

A partilha, feita pelo decujo, em se tratando de herança legítima, pode estabelecer usufruto, que se rege pelo art 1.572, a despeito de ter de ser homologada e registrada. t preciso atender-se a que o testamento e a partilha feita pelo decujo, qualquer que seja o objeto do usufruto, estão sujeitos ao art. 1.572.

2.FIDEICOMISSO E USUFRUTO. Quer se trate de herança quer de legado, o fideicomisso é corte temporal no domínio, e não corte restringente do exercício do direito de domínio. Há dois domínios; não domínio e direito real limitado. No direito civil brasileiro, nem sequer se comete a cincada legislativa de se fazerem invocáveis, em matéria de fideicomisso, as regras jurídicas atinentes ao usufruto *(e. g.,* Código Civil italiano, art. 693, 2.‟ alínea). O bem em fideicomisso tem titular de agora, sujeito à resolução da propriedade, e titular mais tarde. O fideicomisso não grava o direito do fiduciário; os bens pertencem, agora, a Ele e passarão ao fideicomissário, depois.

A propriedade do fiduciário não é gravada, mas é temporária. Não pode Ele dispor e gravar o que é seu, se não enquanto é seu ( até quando deixe de ser seu). O fiduciário tem mais poderes que o usufrutuário, porque é dono; tem de prover às reparos a ordinárias e às extraordinárias e de pagar tributos e finus reais.

No direito brasileiro, o fideicomissário pode exigir que o fiduciário preste caução (Código Civil, art. 1.734, parágrafo único).

## § 1.263. Constituição “ex lege” do usufruto

1.MODO ESPECIAL DE CONSTITUIÇÃO. A constituição, por lei, de usufruto resulta de, em .técnica legislativa, ter-se entendido que a solução de certo problema de distribuição dos bens da vida se encontra em se atribuir a alguém independentemente de negócio jurídico de constituição de usufruto, ainda por ato judicial o usufruto desses bens.

2.LEI E USUFRUTO. Os usufrutos legais tarde surgiram no direito

romano *(bota adventicia,* usufruto de quem contraía novas núpcias sobre os bens provindos do primeiro cônjuge, usufruto do pai sobre o dote e da mãe sobre a *dostatio proter nupciaa* em caso de dissolução do casamento, usufruto do cônjuge sobre os bens havidos pelo outro cônjuge em caso de divórcio, *quarts. uzoria)*.

3.USO DE BENS DOTAIS. Na vigência da sociedade conjugal, o marido administra os bens dotais e percebe os frutos do dote (Código Civil, art. 289, 1 e II). Salvo cláusula expressa em contrário, transfere-se ao marido o domínio doa bens móveis; e não se transfere o dos bens imóveis (art. 290). A responsabilidade é de usufrutuário (art. 260, 1).

Se o caso é de usufruto próprio, em se tratando de bens móveis, tendo havido a cláusula prevista no Código Civil, art. 290, ou de imóveis, ou de usufruto impróprio, se não houve a cláusula quanto aos móveis e houve quanto aos imóveis, ou se não se trata de usufruto, é questão que perde muito do interesse diante do art. 260, 1, do Código Civil, que diz responder o marido como usufrutuário. A grande maioria dos juristas reputa usufruto êsse direito do marido, usufruto legal. Outros o negam, considerando-o mero direito de gozo. Mas é de advertir-se que o marido tem, exatamente, uso e fruição dos bens dotais. O que não se pode tolerar é que, diante de problema de tal porte, se venha dizer que se trata de direito *sui generis. Seria,* então, *tertium gentis,* mas ~que *gentis* seria? A especificidade do usufruto do marido não o torna não-usufruto. O argumento maior contra ser usufruto o direito do marido está em que o marido pode alterar a destinação econômica do bem dotal, mas ainda contra ele se pode objetar que o marido presta caução e tem de restituir os bens dotais, em estado que corresponda a boa administração, e o art. 260, 1, remete ao direito sobre usufruto.

4.USUFRUTO E BENS COMUNS DOS CÔNJUGES . Se os bens são comuns, cada cônjuge é dono de metade, indivisamente. Os frutos são comuns. O marido percebe-os. Responde, por força do art. 260, 1, do Código Civil, como usufrutuário, pois o próprio art. 260, 1, remete ao art. 262 (regime da comunhão universal de bens) e ao art. 271, V (regime da comunhão parcial). Se algum bem, no regime da comunhão universal, é incomunicável, o uso e o rendimento são comuns (arte. 260, 1, e 265). Contra tratar-se de usufruto, argúi-se que, se comuns os bens, não há direito sobre coisa alheia. Mas esquece aos que levantam esse argumento que *alheia* é a metade dos bens e o usufruto seria do que não é do marido. esse percebe a metade dos frutos, correspondente à sua metade ideal, e a metade dos frutos, correspondente à parte ideal pertencente à mulher. Já nos referimos à

comunhão entre usufrutuário e proprietário. Dir-se-á que a própria lei chama *comuns e* sses frutos e, quanto à metade correspondente à parte indivisa pertencente à mulher, seria o marido mero administrador, e não usufrutuário. Verdade é, porém, que a lei não atendeu a isso: o art. 260, 1, foi explícito.

O argumento de haver regras jurídicas especiais concernentes ao usufruto do marido (cf. arts. 274, 289-296) é fraco, porque, no próprio capítulo sobre usufruto, o Código Civil tratou do usufruto impróprio que escapa às regras jurídicas do usufruto ordinário (art. 726)

5.USUFRUTO DO TITULAR DO PÁTRIO PODER. Já na época romana pós-clássica se aludia ao usufruto do pai, então único titular do pátrio poder. Instituto familial, nem por isso perdeu a ligação com o usufruto de direito das coisas, a despeito das transformações por que passou e as que se operaram no instituto do pátrio poder. O titular do pátrio poder administra e usufrui. Quanto à destinação econômica dos bens, permite se lhe mais do que ao usufrutuário de direito das coisas. Em todo caso, hoje, com os arts. 894 e 395 do Código Civil, se tal mudança orça em ruína dos bens do filho, pode ser-lhe suspenso e até suprimido o pátrio poder.

O instituto do usufruto do titular do pátrio poder, se bem que de direito de família e submetido a regras jurídicas especiais, entra no conceito geral de usufruto. Os pressupostos são: *a)* pertencer a coisa, direito ou patrimônio ao incapaz; *b)* estar o incapaz sujeito ao pátrio poder. O usufruto de que se trata não é registável (Código Civil, art. 715: "O usufruto de imóveis, quando não resulte de direito de família, dependerá de transcrição no respectivo registro"). Dai não haver a conseqüência de poder ser adquirido a *non domino.* Se o titular exercia o usufruto sobre o bem imóvel que constava do registro como do filho e foi reivindicado, ou lhe foi cancelado o registro, não foi usufrutuário o pai ou mãe que era titular do pátrio poder.

O usufruto do titular do pátrio poder estende-se sobre todo o patrimônio do filho, compreendendo coisas e direitos, excetuados a) os bens não suscetíveis de usufruto e b) aqueles a que se referem os arte. 390 e 391 do Código Civil. São exemplo de a) os bens que pertencem ao filho, mas a outrem toca o usufruto por direito das coisas ou por direito das sucessões.

Sistemas jurídicos aferrados a preconceitos, ou regressivos, pré-excluem do pátrio poder os genitores ilegítimos ou só naturais *(e.* g., o direito italiano) ; porém isso não acontece no direito brasileiro

(Código Civil, art. 379).

Tão-pouco se pré-exclui do usufruto o adotante, como ocorre noutros sistemas jurídicos. O pátrio poder, com a adoção, transfere-se ao adotante (art. 378).

Pode dar-se que a medida adotada pelo juiz, com fundamento no art. 894, seja a suspensão do usufruto; então, o genitor tem o pátrio poder sem ter o usufruto, temporariamente.

No direito brasileiro, o usufruto dos bens dos filhos é inerente ao pátrio poder: quem tem o pátrio poder usufrui.

Quanto à administração dos bens e ao usufruto, não há a perda de um sem a perda do outro, salvo se nisso consiste a sanção sentencial fundada no art. 394 do Código Civil.

A aquisição da propriedade pelo filho importa, *ipso jure,* em inicio do direito de usufruto do titular do pátrio poder. A perda da propriedade implica extinção do usufruto. Tais proposições concernem, aliás, a qualquer usufruto legal.

O usufruto dos bens dos filhos pelo titular do pátrio poder, tomo o do cônjuge sobre os bens do outro, é *direito real limitado,* entra na classe dos usufrutos, não obstante a particularidade de regulação que a lei lhe confira.

Seria negar-se a natureza e a estrutura mesma do instituto afirmar-se que o usufruto do titular do pátrio poder não é direito real, como aventuraram E. PACIFICI-MAzzoNí *(Istituzioni,* VII, 647) e G. PIeLA *(Deile Persone ineapo 4,* 2. ed., 774 s.).

Nem todas as causas de extinção do usufruto ordinário apanham o usufruto do titular do pátrio poder. A renúncia seria impossível, juridicamente. Em consolidação não se poderia pensar, nem em não-uso. A extinção por culpa do usufrutuário somente pode acontecer por força de sentença que invoque o art. 394 ou o art. 395 do Código Civil.

O usufruto dos bens do filho é intransferível, como o usufruto ordinário.

Quanto aos bens móveis, não há invocar-se o art. 726 do Código Civil, relativo às coisas consumíveis: os bens pertencentes aos filhos não passam à propriedade do titular do pátrio poder, ainda que consumíveis; a subrogação há de operar-se, automaticamente, a cada

ato de alienação ou de consumo; o titular do pátrio poder pode alienar os bens móveis e, com prévia autorização do juiz, alienar, ou gravar de direitos reais os bens imóveis (Código Civil, art. 386). Na falência ou insolvência civil do titular do pátrio poder, o dinheiro e os outros bens móveis dos filhos não fazem parte da massa. É preciso ter-se sempre em vista a inconfundibilidade dos dois patrimônios.

Os frutos percebidos pelo pai ou pela mãe, titular do pátrio poder, são bens do pai, ou da mãe, que legalmente usufrui. O dever de mantença dos filhos, incluídas as despesas de instrução e educação, não é oriundo de destinação dos frutos, se bem que a essa conclusão se possa chegar noutros sistemas jurídicos *(e.* g., Código Civil italiano, art. 325; G. PtTGLIESE, Usufrutto, Uso-Abitazione, *Trattato di Diritto civile italiano* de F.

VASSALLI, IV, *5,* 100). Se o titular do pátrio poder tem três filhos, um riquissimo, outro rico e outro pobre, o dever de manter, educar e instruir, em relação aos três, é o mesmo, qualitativa e quantitativamente. A diferença de tratamento econômico dos três somente poderia derivar de terem alguns deles, ou um deles, bens deixados legitima ou testamentariamente ou doados aos filhos ou ao filho com pré-exclusão do usufruto pelo titular do pátrio poder (art. 390, 1), ou para fim certo e determinado, ou havidos por uma das causas mencionadas no art.

391, ou se sobrevém sentença de suspendo que o determine (art. 394).

O titular do pátrio poder, com direito ao usufruto, tem de fazer as despesas com os bens usufruídos, segundo o art. 733: não pode receber as rendas e usar os bens, deduzidos do capital dos filhos os gastos (2.8 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 17 de junho de 1947, *R. dos T.,* 169, 184).

6. SUCESSÃO PROVISÓRIA E SUCESSÃO DEFINITIVA EM BENS DE AUSENTE. Se transita em julgado a sentença que abre a sucessão provisória, os herdeiros, que estão na posse dos bens do ausente, ou que obtiverem a posse, observados os arts. 478 e 474 do Código Civil e art. 588 do Código de Processo Civil, têm uso e fruição dos bens de que têm a posse: se descendentes, ascendentes, ou cônjuges, *no que forem sucessores do ausente,* fazem seus todos os frutos e rendimentos dos bens que lhe cabem (art. 477, 1ª parte); fora da!, só lhes pertence metade dos frutos e rendimentos (art. 477, 2ª parte). A despeito das ex-pressões da lei, há posse dos bens pelo cônjuge meeiro e a imissão é no que lhe toca na qualidade de herdeiro. A *imissão* na posse de

sucessor provisório é sempre necessária, dando-se, por ato judicial, a respeito dos que já tenham posse, ou superposição da *posse de sucessor provisório* ou a *mutatio causae postessionis,* por ato do juiz (eficácia da sentença de cognição incompleta que deferiu o pedido de admissão e imissão).

Pergunta-se: é usufrutuário o herdeiro provisório? Trata-se de imissão provisional, com uso e fruição nos termos do ai‟t. 477, e a discussão tem de ser em termo de três figuras jurídicas: *a)* ~ há propriedade resolúvel, na sucessão provisória?; *b)* ~ou há, apenas, usufruto legal? ou e) ~atribuição de representação do ausente, com direito e dever de administração, *mais* entrega dos bens sem transferência da propriedade e com direito ao uso e aos frutos, provisionalmente?

Já J. 13. V. PROUDHON *(TraiU <Les Droita d‟Usufruit, d‟Usage, d‟Habitation et de Superfície,* 1, 56 s.) negava que se tratasse de usufruto.

A pessoa imitida na posse dos bens do ausente tem poderes que se assemelham aos do cônjuge ou do titular do pátrio poder, mais amplos que os do usufrutuário ordinário.

Em verdade, a posição do sucessor provisório é entre a do usufrutuário e a do proprietário, sem ser, porém, a de titular de direito real, e o que dá a impressão de haver realidade do direito é o fato da posse, em que se imitiu por decisão judicial. Parece-se com a posição do depositário judicial e com a do curador de bens, sem com elas se confundir.

## § 2.264. Constituição judicial de usufruto

1. PREMISSAS. A divisão atinge o objeto. A separação em domínio e usufruto é cisão do conteúdo, porque deixa fora do domínio muito do exercício dele. Diz-se que se corta o direito. Mas, em verdade, a divisão também corta o direito, pois a divisão do objeto implica em que dois ou mais direitos surgem em lugar de um.

Argumenta-se contra a constituição judicial de usufruto que, em vez da homogeneidade das “partes” antes e após a divisão, como ocorre na divisão da coisa comum, há, na constituição do usufruto, heterogeneidade; portanto, conclui-se, nada se divide. são herdeiros de E os irmãos mais moços C e D e o irmão mais velho A, de setenta e oito anos. C e D querem que se lhes atribua a casa em que está a morar A e a A os terrenos, valorizados, que se reputam próprios para venda nos três próximos anos. Objeta A que os terrenos não lhe

interessam, devido à sua idade, sem outros herdeiros que os irmãos. Acrescenta que não tem meios para repor o excesso do valor da casa em relação à sua quota na herança. C concorda, D discorda, O juiz decide que se pague a D com os terrenos; a C, com o domínio da casa, e a A com o usufruto.

Certamente, no partilhar os bens, há de o juízo observar, quanto ao valor deles, natureza e qualidade, a maior igualdade possível (Código Civil, art. 1.775). Mas, no art. 1.777, o Código Civil já prevê: "O imóvel que não couber no quinhão de um só herdeiro, ou não admitir divisão cômoda, será vendido em hasta pública, dividindo-se-lhe o preço, exceto se um ou mais herdeiros requererem lhes seja adjudicado, repondo aos outros, em dinheiro, o que sobrar". No Código de Processo Civil, art. 508, foi mais explícito o legislador: "Os bens não suscetíveis de divisão cômoda, que não couberem na meação do cônjuge sobrevivente ou no quinhão de um só herdeiro, serão vendidos na forma dos arts. 704 a 706, partilhando-se o preço, salvo quando os interessados preferirem arrendá-los, administrá-los em comum, ou se qualquer herdeiro, ou cônjuge sobre-vivente, requerer a respectiva adjudicação, repondo, em dinheiro, a diferença". No parágrafo único do art. 508: "Requerida a adjudicação, por dois ou mais interessados, sem que seja possível acordo entre eles, o juiz marcará dia e mandará citar os interessados para proceder-se à licitação entre o cônjuge sobrevivente e os co-herdeiros, incluindo os bens no quinhão de quem oferecer maior lanço".

Imagine-se que A, herdeiro segundo o exemplo acima dado, oferece pelo usufruto o mesmo que outro ou os outros herdeiros oferecem, ou que, segundo a avaliação, a sua oferta seja evidentemente mais alta. Pode o juiz deixar de considerar mais acertado desprezar-lhe a oferta?

No direito romano, tinha o juiz da divisão o poder de detratar ou de constituir usufruto (GAIO, L. 6, § 1, D., *de usu fructu et quemadmodum quis utatur fruatur,* 7, 1; ULPIANO, L. 16, § 1, 13., *familiae erciscundae,* 10, 2; L.

7, § 10, li, *communi dividurtdo,* 10, 8; cf. Tomo XVIII, § 2.288). Não se diga que tal função do juiz era diferente da de hoje, razão por que não lhe havemos de repetir os ensinamentos. A função era diferente, mas igualmente executiva. Os textos são expressivos:

"Constituitur adhuc usus fructus et in iudicio familiae erciscundae et communi dividundo, si iudex alii proprietatem adiudicaverit, alii usum fructum" (GAIO, L. 6, § 1); "Cum de usu fructu communi

dividundo iudicium agitur, iudex officium suum ita diriget, ut vel regionibus eis uti frui permittat: vel locet usumfructum mxi ex ilha: vel tertia. personae, ut ti pensiones sine titIa controversias percipiant vel si res mobiles sint, etiam sie poterit, ut inter eos conveniat caveantque per tempera se usuros et fruituros, hoc est ut apud singulos mutua vice certo tempore sit usus fructus" (ULPIAXO, L. 7, § 10).

A *adjudicação* podia constituir usufruto, nas ações divisórias, É de discutir-se se o juiz tem poder, no direito brasileiro, para adjudicar usufruto. Já examinamos o problema quanto às servidões (Tomo XVIII, §§ 2.238-2.237) e a resposta foi afirmativa (servidões necessárias, constituídas nas ações executavas >. Quanto ao usufruto, é menos fácil ocorrer a necessidade de se constituir o usufruto, quando se está *executando* (não só nas ações divisórias), mas pode ocorrer. Não nos deixemos levar pela doutrina de outros povos, nem pelo que aventuraram escritores brasileiros que se deixaram levar por AIBI! e BATI, 1". LAURENT, E. PACIFICI-MAZZONI e G. VENEZIAN. O usufruto judicial lá estava nas Ordenações Filipinas, Livro IV, Titulo 96, § 10.

O que dissemos sobre as servidões entende-se também quanto ao usufruto, ao uso, à habitação. Os argumentos *sUo* comuns (§ 2.236, 4), inclusive quanto às ações de execução forçada (ações executivas de sentença, ações executivas do art. 298 do Código de Processo Civil e ações executivas do art. 1.006, § 2.0, da lei processual).

As soluções científicas e técnicas são as mesmas. Na prática, podem ser de grande utilidade esses expedientes distributivos.

2.USUFRUTO A FAVOR DE BRASILEIRA CASADA COM ESTRANGEIRO. Nas espécies do art. 17 do Decreto-lei n. 3.200. de 19 de abril de 1941 (Decreto-lei n. 5.187, de 13 de janeiro de 1943), que são a da mulher, Brasileira, casada com estrangeiro, sem ser pelo regime da comunhão universal de bens, com direito ao usufruto da metade dos bens da herança do marido, se não há filhos comuns ou do marido, ou da quarts. parte, se os há, o usufruto é legal, e não judicial. No sistema jurídico brasileiro, esse usufruto é em sucessão legitima, incidindo, plenamente, o art 1.572 do Código Civil, relativo à saisina. A mulher é herdeira do marido, e não, legatária. Temos de afastar, energicamente, a) que se veja no art. 17 do Decreto-lei n. 3.200 regra jurídica que atribui à mulher de nacionalidade brasileira, se os pressupostos do art. 17 se apresentam, direito de crédito e pretensão à prestação de usufruto, b) que se trate de usufruto coativo, ou *c)* que se

trate de legado de usufruto.

O instituto parece-se com o que surgiu com as Novelas 58, 6, e 117, 5, de Justiniano. Aliás, como usufruto, somente com a Nov. 117, 5. Na lei brasileira apenas concerne à mulher de nacionalidade brasileira casada com, estrangeiro. O imperador Leão empregou a mesma técnica para a mulher que tinha doações, se o marido falecia deixando filhos e ela contraia novas núpcias.

A mulher que não é indigna nem repudiou a herança adquire, com a morte do marido, se é Brasileira e casada sob regime que não é o da comunhão universal de bens, o que o art. 17 do Decreto-lei n. 3.200 estabelece. Não importa se havia testamento, ou não, e se a sucessão é contra o testamento: a sucessão pelo cônjuge é *necessária.*

Surgem alguns problemas.

a)Se, segundo a lei pessoal do marido, aplicável por invocação do direito internacional privado do Brasil, a mulher, nas espécies do art. 17 do Decreto-lei n. 3.200, é herdeira necessária ou simplesmente legitima do marido, ~ incide o art. 17 do Decreto-lei n. 3.200?

b) Se, aplicada a lei brasileira (Código Civil, art. 1.603, III), por ser a lei da sucessão do marido, a mulher é a herdeira legítima, L incide o art. 17 do Decreto-lei n. 3.200?

Preliminarmente, repila-se tratar-se de legado, o que não se coadunaria com os propósitos de política jurídica brasileira, livre dos preconceitos varonis de outros povos.

Quanto a a), a mulher pode invocar o art. 17 do Decreto-lei n. 3.200 se a sucessão legitima segundo a lei estrangeira lhe é menos favorável. Quanto a b), a mulher pode aceitar a herança, e a aplicação do art. 17 do Decreto-lei n. 3.200, ou não aceitar a herança e pedir a aplicação do art. 17 do Decreto-lei n. 8.200.

Cumpre, ainda, que se atente no art. 165 da Constituição de 1946: "A vocação para suceder em bens de estrangeiro existentes no Brasil será regulada pela lei brasileira e em beneficio do cônjuge ou de filhos brasileiros, sempre que não lhes seja mais favorável a lei nacional do *de cujus".* Se os bens são existentes no Brasil, ainda que outros existam no estrangeiro, a lei brasileira incide e o juiz tem de aplicá-la, de oficio. Com os bens existentes no Brasil é que se compõem os quinhões da viúva e dos filhos brasileiras, para que não seja ineficiente a decisão, perante os Estados em que são situados os outros bens, se os há.

3.PROMESSA DE CONSTITUIÇÃO DE USUFRUTO E EXECUÇÃO. Se alguém prometeu constituir usufruto, unilateral ou bilateralmente, há pré-contrato (negócio jurídico prévio) ; e, se não sobreveio execução voluntária, pode o promissário pedir ao juiz a execução, isto é, a prestação da declaração unilateral ou bilateral de vontade. É a ação do art. 1.006 do Código de Processo Civil. esse usufruto é, na origem, negocial, e não legal, nem judicial: ai, o juiz *condena* e *executa,* a criação do usufruto não foi pelo juiz, mas sim pelo promitente, que, a despeito da promessa, não cumpriu. Pode ser usufruto sobre coisa, ou sobre direito (inclusive sobre crédito), ou sabre patrimônio, desde que a coisa, ou crédito, ou patrimônio pertença ao promitente, ou possa ser adquirida com os meios que tenha o promitente. Se a constituição do usufruto depende de contraprestação, suspende-se o efeito sentencial até que se cumpra (art. 1.006, § 1.0). De qualquer modo, tem-sé de proceder ao registro, após requerimento por ser fraco o efeito mandamental da sentença. A citação feita na ação pode ser inscrita, segundo o art. 178, a), VII, do Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939. Se o foi, qualquer gravame é ineficaz contra o autor vencedor na ação.

## CAPÍTULO V

## USUFRUTO E LIGação DO DIREITO À PESSOA

### § 2.265. Intransmissibjlldade do usufruto; não do exercício

1.TESE ROMANA DA INTRANSMISSIBILIDADE. A tese romana foi a da intransferibilidade do usufruto:

“personae cohaeret”, está em ULPIANO (L. 3, § 3, *quibus mcdi., usus Iructua vel uns amittitur,* 7, 4); e no antigo direito, qualquer *capiti.s deminutio* o extinguiria, ao passo que, sob Justiniano, só a máxima ou a média (L. 16, *§§* 2 e 3, C., *de usu fructu,* 3, 33). Temos de considerar que o usufruto exsurgiu intransmissível.

Enquanto, no antigo direito, a intransmissibilidade hereditária era essencial ao usufruto, termou-se, no direito posterior clássico, regra dispositiva: foi possível transmitir-se aos herdeiros do usufrutuário (sob a influência do direito de superfície e da enfiteuse). Quanto à alienação entre vivos, não se permitia (L. 66, D., de *jure dotium,* 23, 3,

texto de POMPÓNÃO; sem razão, J. H. DERNEURO, Kann em u *susfructus* tibertragen werden?, *Lindes Zeitsehrift,* nova série, II, 56 s., R. ELVERS, *Die rdmi,qche ServUutenlehre,* 226, e W. VON BLUME, fie tlbertragung des Niessbrauchs, *Jherings Jahrbiicher,* 34, 281 5.; certo, BERTHOLD HAASE, Zur Lehre von der tbertragung des Niessbrauchs, *Jherings Jahrbi~cher,* 36, 249 s.). O que se permitia era a transferência do exercício, a título oneroso, ou gratuito, com as conseqUências de poder ser penhorado, ou seqUestrado. A defesa era *real* (II. DERNEURO, *Das Pfandrecht,* 1, 458; J. KoELn, *Pfandrechtliche Forschungen,* 191).

O princípio, hoje, é cogente.

2.ANTÍTESE FRACASSADA E PERMANÊNCIA DA TESE ROMANA.

No art. 717, diz-se: "O usufruto só se pode transferir, por alienação, ao proprietário da coisa, *mas* o seu exercido pode ceder-se por titulo gratuito ou oneroso".

a)Na 1.a parte do art. 717, que é i *us cogens,* adota-se a tese da intransferibilidade do usufruto, contra a anti tese da transferibilidade que o 1 Projeto alemão aventurou. Não se tentou síntese, porque dizê-lo transferível ao proprietário é aludir-se à consolidação <art. 789, V), se resultante de negócio jurídico unilateral ou bilateral. A vedação de transferir importa em não se poder constituir usufruto de usufruto, nem penhor, ou hipoteca, ou anticrese, e em não se poder ceder, ainda que seja cedível o crédito e se reserve, na constituição do usufruto, essa cessão (O. WARNEYER, *Kommentar,* II, 264). Tão-pouco, pode o usufruto entrar para a comunhão de bens (cf. *Tratado de Direito de Pamilia,* II, 220 s.>. b)Para se chegar a repartição entre o usufruto e o seu exercício, o caminho foi longo e acidentado. Passou-se pela concepção da cessão *destrutiva* da parte do usufrutuário e não *atributiva* da parte do estranho *(e. g.,* POMPÔNÃO), com a oposição de outros juristas, como GAIO *(Inst.,* II, § 30), a quem repugnava a cisão do ato. O art. 717, 2ª parte, permite a transferência onerosa ou gratuita do exercício. Pode ser do exercício de todos os direitos empreendidos no usufruto, de alguns, ou de um só; por certa tempo, ou definitivamente. O aluguer não é transferência da exercício.

3.TRANSFERÊNCIA DO EXERCÍCIO, POR AQUISIÇÃO DE TÉCNICA LEGISLATIVA. Se foi transferido o exercício, o usufrutuário continua com o direito real, as pretensões, ações e execuções ligadas a êsse direito; aquele, a que se transferiu o exercido do usufruto, somente é

titular de direito pessoal contra o usufrutuário: os seus direitos, pretensões, ações e execuções, oriundas do usufruto, são exercidos em nome do usufrutuário, não como titular deles. Não há direito real do que adquire o exercício; nem pode dar o usufrutuário, *por isso mesmo* que e intransferível o usufruto, ainda quanto a determinado elemento (cf. J.

BIERMANN, *Saehenrecht, B.~* ed., 369; G. PLÃNCK, *Komment ar,* fl, , 43 ed., 654; sem razão, M. E. Eccius, tberlassung unverãusserlicher Rechte zur Ausflbung, *Gruchota Beitrdge,* 50, 503; F. KRETZSCEMAR, tberlassung der Ausflbung de Niessbrauchs, *Leiptiger Zeitschrift,* VIII, 992 s., e MARTIN WOLFF, *Lehrbzwh,* III, 2, § 118, 1).

A transferência do exercício da usufruto não é bastante para inscrição, ou transcrição, ou averbação na registro de imóveis (Decreto 4.857, de 9 de novembro de 1939, arts.. 178-181, Decreto n. 5.318, de 29 de dezembro de 1940, art. 1.0; O.PLANCK, *Kommentar,* III, *1,* 654; C. PREDARI, *Pie Grundbuchordnung,* 2Y ed., 440; sem razão, M. E. EccIus, *Grlichots Beitrtige,* 50, 503, e F. KRETZSCHMAR, *Leipziger Zeitschrift,* VIII, 997).

Aquele , a quem se transferiu o exercício do usufruto, se tem posse, é protegido pelos arts.. 486, 488-492, 499-519. O exercício do usufruto entra nos concursos de credores <O. WAItNEYER, *Kommentar,* II, 265), como direito, embora pessoal, que. A pretensão ao exercício do usufruto é penhorável e arrestável, se houve ou não transferência dele <J. BInMÂNN, *Saehenrecht,* 369; sem razia, G. PLANa, *Komme,ttar,* III, *1,* 654, que confundiu a pretensão *ao* usufruto e a pretensão ao exercício: nem se poderia admitir que fesse transferível o exercício, penhorável ou arrestável o exercício transferido a outrem, e não fesse penhorável ou arrestável o exercício *ainda* com o usufrutuário): apenas, segundo o art. 943, 1, do Código de Processo Civil, somente pode ser penhorada, se faltarem outros bens. Extinta o usufruto, extingue-se qualquer direito ao exercício, adquirido por terceira; nenhuma razão há para se invocar o art. 1.197, nem vale a cláusula de subsistência (salvo se posta pelo proprietário) ; e, fido o usufruto, o art. 1.197, parágrafo único, ou as regras das leis emergenciais de locação já de relação entre o locatária e o proprietário. O usufrutuário responde por culpa do que passou a ter o direito ao exercício da usufruto, como se a exercesse (J. BIERMÁNN, *Sachenrecht,* 370 sj. O proprietário tem as pretensões dos arts. 159 e 524.

A concessão do exercício do usufruto não transmite usufruto; apenas se dispõe de poderes derivados da relação jurídica de usufruto. A *realidade* do direito fica intacta. Distingue-se da locação da coisa

usufruida, da doação dos frutos, do comodato, como de gravame ou anus do usufruto, *o que,* no direito brasileira, *não há.* É direito de crédito, que a posse reforça. Se o adquirente passa a fazer seus os alugueres e frutos, e tem direito a eles, antes da posse, se o usufrutuário *cedeu,* desde logo, os alugueres, é outra questão. Só então o locatário, que paga ao usufrutuário, após a ciência, não fica liberado. Ã solução que dá MAILTIN WoLFF *(Lehrbueh,* III, 27A.32.‟ ed., 407 s.; nota 2) seria confusa, a meio caminho do direito real, isto é, da errônia romana da L. 11, §

2, D., *de pigreoribua et hypothesie et qualiter ea contrahuntur et de pactis eorum,* 20, 1 (MARCIANO>.

4.VALOR TÉCNICO DA SOLUÇÃO E NATUREZA DA CESSÃO. A respeito da cessão do exercício, que a lei permite, e da cessão ou transferência do usufruto, que a lei proíbe, convém frisar-se que a solução romanística, que se conserva no direito brasileiro, contra o Código Civil francês, art. 595, não é ingênua, nem disfarça "questão de palavras" <une querelle de mots), como pareceu a MAURICE PIcnD <Des Biens, M.

PLANÃOLG. RIPERT, *Traitá pratique de Droil civil,* III, 2ª ed., 801 s.). Aliás, no direito francês, a despeito dos termos do art. 595 ("vendre ou céder son droit à titre gratuit‟9, parte da doutrina quis que só se tenha admitido a cessão do exercício *(e. g.,* J. B. V. PROUDHON, *TraiU des Droits d‟Usufruit, d‟Usage, d‟liabitation et de Superjicie,* II, 863 s.; M. PLANÃOL-G. RIPERT, *Traité élémentaire de Droit dvii,* 1, 3~a ed., 1.183>. Na Itália, com o Código Civil italiano de 1865, art. 492, deu-se exatamente o inverso: só se admitira a cessão do exercício, e parte da doutrina introduzira a alienação do próprio usufruto *(e. g., O.*

VENEZIAN, Dell‟Usufrutto, dell‟Uso e dell‟Abitazione, II *Diritto civile itatiano* de P. FIORE e B. BRUGI, II, 756 s.). A solução francesa literal prevaleceu em 1942, com o Código Civil italiano, art. 980, deixando-se livre a vedação da cessão, vedação com eficácia real, e não só entre os figurantes do ato constitutivo.

O que o usufrutuário cede é a *perceptio fructuum.* Não o usufruto mesmo. A cessão do usufruto, mais exatamente a transferência do usufruto tinha a sanção da consolidação com o domínio, o que se bem se vê na L. 66 (POMPÔNÃO), D., *de iure dotium,* 23, 3, mas, depois, como está em GAIO (II, 80) e nas Institutas de Justiniano, § 3, 1., *de usu fructu,* 2, 4, a sanção passou a ser a inexistência (nulidade, no

sentido romano). Mas SILVIO PERozzí *(Istituzioni di Diritto romano,* 1, 794) entendia ser interpolação justinianéia; e P.

BONFANTE *(Corso di Diritto romano,* III, 80) na contradição via apenas divergência entre os juristas clássicos.

Compreende-se que no direito comum houvesse discordâncias entre as interpretações dos diferentes povos. Em verdade, a solução acertada para o direito comum teria sido a de reputar inexistente a cessão, mas sancionado com a extinção do usufruto o ato do usufrutuário, por exercício de poder que o usufrutuário não tinha.

Os sistemas jurídicos que vedam a transferência do usufruto e permitem a cessão do exercício do usufruto supõem, e com toda a razão, haver diferença entre transferir-se o usufruto e ceder-se o exercício. Quem somente cede o exercício permanece usufrutuário. Quer diante do dono do bem usufruído quer perante todos os que tenham direitos, pretensões, deveres, obrigações ou ações ligados ao usufruto, e perante terceiros. O

cessionário não adquire qualquer direito real. O que o usufrutuário transfere é devido a restrição ao conteúdo do usufruto e continua com os direitos, deveres, pretensões, obrigações e ações perante o dono do bem usufruído e terceiros; inclusive direitos, deveres, pretensões, obrigações e ações *propter vem.* Se, por exemplo, o usufrutuário, cedendo o exercício, atribui ao cessionário obrigações de ordem fiscal, o cessionário fica pessoalmente obrigado perante o usufrutuário, porém o usufrutuário continua como o sujeito passivo.

Sobre as ações do cessionário do exercício foram demasiado longe B. WINDSCHEID *(Die* Actio *des rãmischen Civiirechts,* 135 s.) e ALBERT SCHMID *(Die Grundiehren der Cessiou,* II, 840 s.), atribuindo ao cessionário as ações do cedente.

5.DEVERES DO USUFRUTUÁRIO CEDENTE DO EXERCÍCIO DO USUFRUTO. O usufrutuário, com a cessão, fica obrigado a consentir no exercício, fazê-lo praticável e defender o cessionário quer em relação ao dono do bem usufruído, quer em relação aos que sejam possuidores próprios do bem usufruído sem serem donos, quer em relação aos terceiros. O cessionário, recebendo a posse do bem, pode usar das ações possessórias, quer contra o dono do bem, quer contra os que tenham a posse mediata do bem *nullus,* quer conta o usufrutuário, quer, ainda, contra os terceiros.

O negócio jurídico entre o cedente e o cessionário pode agravar ou

atenuar os direitos e deveres, as pretensões e as obrigações.

É grave erro confundir-se a cessão de exercício da usufruto com a locação *(e. g.,* V. SIMONCELLI, *Traitato defle Loca~zioni,* 92), o que ainda há poucos anos se cometeu na jurisprudência italiana (Cassação de Italia, 16

de outubro de 1948). Certo, O.PUOLIESE (Usufrutto, Uso-Abitazione, *Trattato di Diritto civile italiano,* IV, *5,* 387, nota 3).

O cessionário pode locar; o locatário somente pode sublocar se ocorre incidência do art. 1.201 do Código Civil.

O contrato é atípico. Entra na classe dos negócios jurídicos de cessão a que se refere o art. 1.078 do Código Civil. A respeito do que é uso, parece-se com a locação; no que concerne a frutos, mais se assemelha a compra-e-venda de frutos futuros; se a contraprestação foi por todo o tempo, ainda que pago em parcelas o preço global, há elementos que o aproximam da compra-e-venda; se a contraprestação é periódica, mais se hão de referir as regras jurídicas da locação. Mas a figura jurídica não perde a distintividade, por maiores que sejam as assimilações a qualquer daqueles contratos: *e.* g., o art. 1.197, 2.8 parte, do Código Civil não é de invocar-se em caso de extinção do usufruto, nem o que se estabelece em lei emergencial sobre locação. Se o usufrutuário renuncia ao usufruto ou acorda em sua extinção, mais do que aquilo que o Código Civil chama transferir ao dono do tem usufruído, responde ao cessionário, embora o direito de ter a coisa se extinga ao cessionário.

A cessão do exercício do usufruto supõe-se do exercício de todo uso e fruição de que o usufrutuário tem a titularidade.

## § 2.266. Poderes de disposição e gravame do usufruto

1.PODER DE DISPOSIÇÃO E INTRANSFERIBILIDADE. Os direitos são transferíveis ou intransferíveis; os transferíveis podem ser tornados intransferíveis, se há cláusula de inalienabilidade que sobre eles recaia. O

poder de dispor não é, rigorosamente, conteúdo do direito, é qualidade dele, possibilidade de mudança do titular. O usufruto é intransferível; e o art. 717 do Código Civil o disse. Porém, de conteúdo complexo, como é o usufruto, o poder de dispor existe quanto a certos elementos do conteúdo que podem ser objeto de

direitos cujo titular seja outra pessoa. Só se trata de disposição constitutiva, e não de disposição que transfira direito já existente. A rigor, o que o usufrutuário faz é apenas obrigar-se ou prestar algo do exercício do usufruto.

2.LIMITES DOS PODERES DE DISPOSIÇÃO. O usufrutuário não pode dispor de poderes que lhe esvaziem o direito de usufruto, porque isso seria transferência do usufruto. Somente se falava de usufruto de usufruto, porque se subentendia que algo ficaria ao usufrutuário, ativa e passivamente.

## § 2.267. Usufruto de usufruto, uso do usufruto e habitação

1.POSIÇÃO E SOLUÇÃO DO PROBLEMA. A respeito dos usufrutos legais, sempre que o pai ou o marido tem direito ao usufruto dos bens do filho ou da mulher e o filho ou o cônjuge é titular de direito de usufruto, dá-

se o usufruto de usufruto.

Teoricamente, em alguns sistemas jurídicos, o usufruto de usufruto constituído entre vivos é possível.

Praticamente é sem alcance e pode disfarçar a transferência de" usufruto, dando ensejo a invocação da regra jurídica sobre nulidade dos atos jurídicos *in fraudem legia.* No usufruto de usufruto, o segundo usufrutuário não assume deveres e obrigações perante o dono do bem usufruído, nem tem direitos e pretensões contra Ole. As relações jurídicas são entre o usufrutuário e o segundo usufrutuário. Com a extinção do primeiro usufruto, extingue-se o segundo. A extinção do segundo por uma das causas próprias a ele é sem repercussão no primeiro.

Na dúvida, interpreta-se que houve cessão do exercício, e não usufruto de usufruto.

Usufruto de usufruto, no direito brasileiro, somente pode ocorrer se o segundo usufruto é de direito de família.

Se negocial a constituição do segundo, não valeria. Por outro lado, o usufruto *ex lege,* em caso de sucessão, não se estabelece sobre usufrutos, já existentes, porque se extinguiriam com a morte do usufrutuário; se constituídos pelo decujo somente valeria no que não

ofendessem a vocação do cônjuge, que o art. 17 do Decreto-lei n. 3.200, de 19 de abril de 1941, estabelece. O usufruto legal corta, ai, o negocial a causa de morte.

2.USO DO USUFRUTO E HABITação. O usufrutuário pode constituir direitos pessoais que não importem em transferência, nem tenham conteúdo maior do que tem o usufruto. Dai poder existir uso, direito pessoal, constituído pelo usufrutuário; bem assim, habitação, direito pessoal. Qualquer desses direitos pessoais se extingue com a morte do usufrutuário e com os outros modos de extinção, inclusive a renúncia e o acordo extintivo com o dono do bem usufruído. Se resta alguma responsabilidade do usufrutuário, depende do negócio jurídico básico e tem caráter pessoal.

3.NÂO-HIPOTECABILIDADE E NÁO -EMPENHABILIDADE DO DIREITO DE USUFRUTO. O

usufruto é inalienável; portanto não é suscetível de hipoteca. Se o direito de usufruto é sobre bens móveis, também não há empenhabilidade.

O direito do cessionário do exercício é empenhável . O usufrutuário pode *ceder em segurança* êsse exercício (cessão em garantia).

§ 2.268. Transferência do exercício do usufruto

1.OUTORGA DO EXERCÍCIO DO USUFRUTO. A outorga ou cessão do exercício do usufruto, também dita transferência do exercício do usufruto, é negócio jurídico bilateral ou *permissão* (autorização) *de apropriar-se dos frutos ou de usar,* ou de *usar e fruir* (cf. Tomo XV, § 1.728, onde se expôs a doutrina da permissão de apropriação). Não se pode precisar o conteúdo da permissão de uso e fruto, porque, às vêzes, apenas se permite o uso, outras a fruição, outras o uso e a fruição, outras a entrega e a cessão das pretensões, por exemplo, quanto a alugueres. Ao outorgado nasce o direito ao desfruto, mas apenas direito pessoal contra o usufrutuário; se deu a posse imediata para o uso, ou para a fruição, ou para o uso e a fruição, o direito pessoal reforça-se, e o titular do direito de exercício do usufruto usa e frui à semelhança do locatário do prédio, ou do locatário da máquina, ou do gado (com direito aos frutos).

Diz o Código Civil, art. 717: “O usufruto só se pode transferir, por alienação, ao proprietário da coisa; mas o seu exercício pode ceder-se

por título gratuito ou oneroso".

Já vimos que a outorga do exercício do usufruto não é transferência do usufruto, nem de elemento do usufruto.

Há disposição de direitos singulares oriundos do usufruto, porém o direito que se atribui não é real. Nem se pode pensar em que seja gravame do usufruto, como queriam M. E. EccIus (Oberlassung unverâusserlicher Rechte zur Ausfibung, *Gruchota Beitrtlge,* 50, 505 s.) e F. KRETZSCHMAR, tberlassung der Ausflbung des Niessbrauchs, *Leipziger Zeitschrift,* VIII, 996).

O exercício do usufruto que tem o titular do pátrio poder não é acessível nem os frutos pendentes podem ser penhorados (2.8 Câmara Cível do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, 6 de maio de 1940, *1?. de .1*". *B.,* 75, 62).

O direito de exercício do usufruto é cessível a titulo gratuito ou oneroso (1ª Câmara Cível do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, 22 de maio de 1941, *R. F.,* 88, 195).Esse direito, que tem o cessionário, é pessoal (5.8 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 17 de fevereiro de 1934, *R. dos T.,* 93, 322>.

Na própria partilha dos bens dos cônjuges, não é possível atribuir-se a um dos cônjuges o usufruto que o outro tinha <6.8 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 26 de maio de 1950, *1?. dos* 7., 187, 795). Se eram usufrutuários, em comum, os cônjuges, a parte do usufruto cessa com a morte de um deles, e o desquite ou divórcio não extingue a comunhão, que nada tem com o regime matrimonial de bens. Nada impede, porém, que um dos cônjuges ceda ao outro o exercício da sua parte no usufruto. Nem que se haja estabelecido a cláusula de que fala o art. 740.

2.DIREITO AO EXERCÍCIO DO USUFRUTO E OUTROS DIREITOS SEMELHANTES. O direito ao exercício do usufruto não se confunde com o direito oriundo da locação, ou do arrendamento, nem com o direito resultante das compras-e-vendas de frutos pendentes, ainda se com a permissão de os colher.

3.EXTENSÃO E QUALIDADE DO DIREITO CEDIDO. Quem cede o exercício do usufruto pode fazê-lo quanto a parte do uso, ou a todo ele, quanto a certo uso, que se especifique *(e. g.,* quanto ao andar superior do imóvel usufruído), ou quanto a todos os frutos, a certa quantidade ou qualidade de frutos, ou durante certo tempo de uso e

de fruição, ou só de uso ou só de fruição. Quem toma em locação a casa usufruida submete-se à legislação sobre locações; não quem adquire o direito ao exercício do usufruto sobre a coisa usufruida.

Os deveres do usufrutuário continuam os mesmos e incólumes, a despeito da cessão do exercício do usufruto.

Em todo caso, no negócio jurídico subjacente, pode ter sido estabelecido que o cessionário do exercício se obrigue solidariamente por todos, alguns ou algum desses deveres. A relação jurídica é somente entre usufrutuário e cessionário, de modo que responde aquele ao proprietário por ato ilícito culposo (TE. Kín, em B. WINDSCHEID, *Lehrbuch,* 1, 1044), ou ainda sem culpa, se a responsabilidade seria pelo fato ilícito, se praticado pelo usufrutuário (cf. Tomo II, §§ 162 e 163).

4.EXTINÇÃO DO DIREITO DO CESSIONÁRIO AO EXERCÍCIO DO USUFRUTO. Na técnica legislativa, ou *a)* se admite que o usufrutuário possa arrendar, alugar ou ceder o exercício por todo o tempo em que duraria o usufruto (Código Civil, arts. 718, *verbo* "temporariamente", e 739, II), de modo que os direitos adquiridos por terceiro subsistem com a morte do usufrutuário antes do termo final, ou com a renúncia, ou por culpa do usufrutuário (art. 789, 1, V e VII), ou *b)* se estatui que cessam sempre que se extingue o usufruto, ou e) se admite à regra jurídica *b)* a exceção em caso de locação de imóveis.

No sistema jurídico do Código Civil, a solução foi b), evidentemente, mas ocorreu a legislação emergencial sobre locações de intuitos protetivos dos locatários, que estariam sujeitos à surpresa das extinções não previstas, inclusive pela renúncia do usufrutuário, talvez conluiado com o proprietário. Na Lei n. 1.300, de 28 de dezembro de 1950, há o art. 14 que faz o nOvo proprietário respeitar o contrato de locação (eficácia para o sucessor no direito de locar) e não se prevê denúncia cheia (Lei n. 1.300, art. 15) em caso de extinção do usufruto. É interessante observar-se que a solução e> já fora, no começo do século, concebida pelo Código Civil alemão, § 1.056: em caso de locação para uso ou para uso e desfruto de imóvel objeto do usufruto, mas permitindo-se a denúncia vazia, com o prazo legal de despedida. Para o direito brasileiro, a extinção do usufruto não expulsa o locatário; para o direito alemão, não o expulsa imediatamente, salvo em caso de renúncia (§ 1.056, 2ª alínea).

Pode dar-se que usufrutuário e cessionário hajam estipulado a extinção da locação quando termine, em qualquer caso, o usufruto,

mas tal cláusula faz a locação ser por prazo indeterminado. A lei emergencial incide, ainda ai.

## § 2.269. Promessa de constituição de usufruto

1. POSIÇÃO DO PROBLEMA. A constituição de usufruto não se confunde com a *promessa de constituir usufruto,* como se o proprietário, que locou o prédio, promete ao locatário constituir-lhe usufruto, logo que fique paga a compra do prédio a prestações, ou se o proprietário promete ao usufrutuário que, morto esse, *novo* usufruto se estabelecerá para os filhos desse. Não se trata, absolutamente, de negócio jurídico sobre herança de pessoa viva (Código Civil, art. 1.089>. Seria usufruto a favor de terceiro se pudesse ser inscrito como usufruto.

A promessa de constituição de usufruto é promessa de negócio jurídico de constituição (= de declaração de vontade constitutiva de usufruto) e de não obstar ao registro do acordo de constituição, se tal registro, na espécie, é elemento indispensável à eficácia. A promessa de constituição de usufruto de modo nenhum se confunde com a promessa de usar e fruir, sem a criação de direito real, e dificilmente se poderia deixar de

.considerar promessa de constituição de usufruto a promessa de declaração de vontade em que se empregue a expressão “usufruto”.

A promessa de constituição de usufruto somente pode ser exigida pela pessoa que vai ser o usufrutuário, ou seu representante legal, ou pelo figurante do negócio jurídico em que se prometeu, se a pessoa beneficiada *vive.*

Também se pode prometer constituição de usufruto em segurança (sob condição suspensiva) e então a ação é constitutiva do usufruto, proponivel quando a condição se dá.

2. PROMESSA E INSCRIÇÃO. A promessa de constituir usufruto é somente geradora de direito pessoal (Código Civil, arte. 1.098-1.100). A inscritibilidade de tal promessa depende de lei, como acontece com as promessas de compra e venda de Imóveis (Decreto-lei n. 58, de 10 de dezembro de 1937, art. 22; Decreto n.

3.079, de 15 de setembro de 1938, art. 22). Sem razão, ainda em

direito alemão, A. voN TUER *(Der Allgemeine Teu,* 1, 194) e MARTIN WOLFF *(Lehrbuch,* III, *2,* § 118, nota 12).

Para a execução da promessa de constituir usufruto tem o promissário a ação do art. 1.006, § 2, do Código de Processo Civil (antes, § 2.264, 3>. Mais uma vez frisemos que a espécie não se confunde com as outras em que o juiz c *orta* o usufruto não-prometido.

## CAPITULO VI

## CONTEÚDO DO USUFRUTO § 2.270. Conceito e conteúdo do usufruto

1.USAR E FRUIR, EXCLUSIVIDADE. O direito de usufruto compreende o usar e o fruir, ainda que não se exerça, e a pretensão a que outrem, inclusive o dono, se o há, do bem, ou do patrimônio, se abstenha de intromissão tal que fira o uso e a fruição exclusivos. É direito, *erga omites,* de exclusividade do usar e do fruir.

Não tem relevância a análise dos atos de uso e de fruição porque o direito de usufruto contém todos os poderes de uso e de fruição, indistintamente. "O usufrutuário", diz o art. 718 do Código Civil, "tem direito à posse, uso, administração e percepção dos frutos". Posse e administração são meios, reputados necessários, para usar e fruir. Não pode usar e fruir onde ofenda a coisa, direito ou patrimônio, ou lhe ponha em perigo a conservação (cf. art. 729).

A jurisprudência tem firmado que o ato constitutivo pode restringir o conteúdo do usufruto *(e. g.,* 1.8 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 6 de setembro de 1949, *R. dos T.,* 183, 278: "Por ai se vê que há no nosso direito civil duas espécies de usufruto quanto à sua extensão sobra os frutos e utilidades da coisa: o pleno e o restrito").

2.USO E FRUIÇÃO. O usufrutuário tem direito a usar. Por isso mesmo, se não recebeu a posse, não pode usar, e tem ação contra quem prometeu ou está obrigado a lha entregar. Tendo a posse, tem o poder fático de usar e o direito a isso, que preexistia à posse. Quanto à fruição, é digno de notar.Se, de principio, que o usufrutuário não tem apenas *direito percetiso dos frutos:*

o direito dele aos frutos é *direito a aquisição dos frutos* Bem qualquer ato seu. É direito semelhante 80 que teria o dono do bem, se não se houvesse constituição a favor de outrem O usufruto. A aquisição é, portanto~

automática, à diferença do que se passa com o simples possuidor de boa fé (Código Civil, art. 510: "O

possuidor de boa fé tem direito, enquanto ela durar, aos frutos percebidos").

2.271. Conteúdo do usufruto em geral

1.CONTEÚDO DO USUFRUTO. (a) O usufrutuário tem direito à posse

da coisa, se lhe foi prometida pelo constituídor do usufruto e *580 a tinha. A ação para haver a posse é a *demissão de* posse, a semelhança da que tem o adquirente do domínio. Se o autor pode apenas tinha a ação para havei a posse (ação de imissão, ou ação de esbulho, ou, em geral, ação de restituição da posse, inclusive a vendicatória da posse segundo o art. 521 do Código Civil), é essa que se transmite ao outorgado.

A posse, de que se trata, é, de regra, a posse imediata. Se a coisa está alagada, deposito ou penhorada, ou empenhada, a posse do usufrutuário é mediata, intercalar entre a posse mediata do outorgado e a posse imediata do terceiro, locatário, depositário, depositário judicial, ou credor pignoratício. Dá-se o mesmo se há liquidação~

falência ou inventáriO (Tomo X, 1.092, 4).

Se do usufruto foram pré.excluídos alguns proventos dá-se completo entre o usufrutuário e o outorgante ou seu sucessor.

A posse tem eficácia real, razão por que a situação possessória do usufrutuário se impõe a todos, salvo aos que têm melhor direito à posse. Tem as ações possessórias de que se falou no Tomo X, §§ 1.059, 4, 6, 1.064, 2, 3, 1.066, 2, 1.071, 2-5, 1.079, 3, 1.099, 2, 1.135, 2, e a ação de vindicado da posse (§ 1.123, 4").

(1,) O usufrutuário pode usar e fruir a coisa (~ tem as faculdades para obter OS proveitos da coisa). Tem direito, de a das as classes de proveitos (frutos naturais a frutos civis, do uso da coisa).

No que concede os frutos civis, Isto 6, a tudo que se pode conseguir por meio de relação , cumpre frisar-se que ou essa relação jurídica já se estabelecia, ou ainda não foi criada. Se o ele foi, ao usufrutuário é que toca constitui-la. Ocorre o mesmo se a relação jurídica, que preexistia, se extingue. Da! por diante, legitimado a fazer contratos de tal finalidade 6 o usufrutuário. Enquanto dura a relação jurídica, que foi Irradiada antes do usufruto, ao usufrutuário 56 transmitem os créditos e as pretensões relativos a aluguereS ou outros proventos.

Seria ai, supor-se contrato tácito de cessão. Os direitos passam ao usufrutuário com o usufruto, porque, embora oriundos de contratos em que figurou o dono, foram Bases concluídos por ter o dono o *taua* e o fructu. Saindo da esfera jurídica do dono ou na e o *frutua.* integrados no direito real de usufruto, o titular dos direitos, pretensões ações desde o momento em que Se inicia o usufruto . Quanto a direitos. pretensões e ações ligadas a momento anterior, pertencem eles ao

dono, e só por *cash* de créditos ou *de direitos,* ou por *cessão de pretendo,* ou por *cessão 4* ao,* pode fazer-se titular o usufrutuário. Se o dono disse ceder ao usufrutuário o que nasceria a partir do usufruto havemos de ter tal cláusula negocia" como de explicações diz-se ceder o que, em virtude dos princípios, já teria de ser do usufrutuário. No que foi nascido antes do usufruto, sim: há cessão. Não é escusado advertir-se em que, no que se refere ao cedido, se tem de distinguir a cessão de direitos, pretensões e ações e a alisfração dos proventos e frutos, que implica transferência da propriedade e da posse.

*o* usufrutuário tem direito de todas as prestações que se vencem durante o tempo" do usufruto. Se é preciso interpelai, só ele o pode fazer. Se o devedor se prontifica s pagar menos, mas adiantadamente, o usufrutuário pode aceitá-lo.

O usufrutuário adquire a pretensão à propriedade dos frutos que possam ser separados por file, mas somente com a separação adquire OS frutos. Os frutos pendentes ao tempo em que começa o usufruto e *ou* colhidos ao terminar o usufruto pertencem ao usufrutuário (Código Civil, art. 721 e parágrafo único).

Se o usufrutuário colhe o que não podia colher, ou usa o que não podia usar, tem de indenizar do valor, porque cometeu ato ilícito, exercendo, irregularmente, o direito de usufruto <arts. 159 e 160, 1, 2ª parte). Mas o que separou passou a ser seu, em se tratando de frutos, embora à separação deles tenha havido ilicitude. Se o que separou não é fruto, o usufrutuário não o adquire. Dono é o dono do bem em usufruto. Cabem a reivindicação e as ações possessórias.

Se é possível reconstrução, ou replantio, o que se indeniza há de aplicar-se à reconstrução, ou replantio, à custa do usufrutuário.

c) Para poder exercer o direito de desfruto tem o usufrutuário a faculdade de utilizar, de fato, o corpo da coisa, ou de alterá-lo. O limite, que se lhe impõe, é o de respeitar o anterior *destino econômico* do bem usufruído e o *destino estético* ou *histórico.* Não pode demolir parque florestal para construir casa, ou casas. Mas pode tirar areia, pedra, barro, árvores, se, com isso, não atinge o destino econômico da coisa, nem lhe fere o destino estético ou histórico. Sempre que haja dúvida sobre o que pode fazer, tem o usufrutuário a ação *declara tória da relação jurídica* e a ação *para se estabelecer plano de exploração,* que é *ação de regulação do exercício do direito,* aí de usufruto. Se as circunstâncias mudam, qualquer dos figurantes pode pedir a modificação do plano de exploração.

2.INDISPONIBILIDADE PELO USUFRUTUÁRIO. Usufrutuário não tem direito de dispor (alienar ou gravar). Quando o dono do bem constitui o usufruto não *dispõe* do gozo e do uso (cf. JosEr KOHLER, Der Dispositions-Niessbrauch, *Jahrbiicher filr die Dogmatik,* 24, 187; *Lehrbuch,* II, 2, 319; ZEILER, Der Verfflgungsniessbrauch als Form der Sicherungsftbereignung, *Deutsche J"uristen.-Zeitung,* 2, 558 5.): há, apenas, o gravame. Todavia, pode o usufrutuário dispor do que foi inventariado como pertença sujeita a desgaste *(e. g.,* instrumentos agrícolas deterioráveis, máquinas suscetíveis de utilização), e então ocorre *ato de disposição da coisa alheia, em nome próprio,* sem que se possa pensar em representação do dono pelo usufrutuário, mas, se aliena o que não se gasta com o uso, ou não podia alienar segundo o ato constitutivo registrado, aliena coisa alheia sem poder de disposição e o ato de disposição é ineficaz *(aliter,* se pelo ato constitutivo não se pode saber o que poderia e o que não poderia ser alienado).

## § 2.272. Direito à posse

1.RAZÃO DA REGRA JURÍDICA DO CÓDIGO CIVIL, ART. 718,

1. pan. No art. 718, 1.B parte, do Código Civil, diz-se, expressamente, que "o usufrutuário tem direito à posse". A aí-guinas espécies de usufruto a posse é elemento do suporte fático da constituição, *e.* g., o usufruto sobre coisas e o usufruto sobre títulos ao portador, porém casos há e espécies em que a posse só se adquire depois e há, enquanto não se tem a posse, direito à posse. Perdeu muito da importância que tinha o problema do direito à posse ao ter o sistema jurídico brasileiro estabelecido a transferibilidade de posse com a largueza e a sabedoria com que o fêz. O constituinte do usufruto sobre imóvel, por exemplo, transfere a posse, se a tem, pelo simples acordo *de transferência da posse,* inserto na escritura pública, e o dono do título ao portador por simples recado escrito, ou ordem telefônica para que se entregue o titulo a determinada pessoa ou se faça o depósito em nome dela. Alguns juristas de sistemas jurídicos que ainda não assinalaram completamente a teoria contemporânea da posse confundem o direito à posse e a posse. Dizem, *e.* g., que a possibilidade de pôr-se em imediata relação com a coisa é caráter essencial da realidade do direito. A posse é essencial ao exercício do uso e da fruição, não ao direito de usufruto, que é real. O usufrutuário é titular do direito real de usufruto, desde que o usufruto se constituiu

até que se extingue, ainda que nunca houvesse tido posse. Um dos modos de extinção é o deixar-se prescrever a ação para haver a posse, a que se tem direito, ação de vindicação do usufruto, e não possessória. O usufrutuário, como qualquer titular de direito real com direito à posse, somente tem ação possessória se tem ou já teve a posse.

A posse a que tem direito o usufrutuário é a posse da Coisa para usar e fruir. Se bem que se pareça com a posse do enfiteuta <ou a que tem direito o enfiteuta), ou com a do usuário (ou a que tem direito o usuário>, ou com a do habitador (ou a que tem direito o habitador), não se identifica com qualquer delas. Em relação às servidões a posse do titular da servidão é menos ampla e, principalmente, não abarca a coisa, como aquelas.

Aparece, aqui, o problema do usufruto dos direitos de crédito e dos patrimônios só formados por direitos de crédito. O usufrutuário tem, evidentemente, o direito à posse de quaisquer objetos que possam legitimá-lo como tal e lhe facultem usar e fruir; mas da! não se tire que se reconhece a posse do crédito. A posse seria do *documento* ou do *titulo incorporante.* Não há posse de direitos pessoais. Há posse de coisas, bens corpóreos ou bens incorpóreos; não de créditos.

Objeto da posse do usufrutuário é a coisa, e não o direito. Posse de coisa corpórea (prédio, aparelhos de perfuração, maquinaria de abrir estradas, móveis de instalações) ou de coisa incorpórea (direito autoral de exploração, Invenções, marca de fábrica, modelo de utilidade, modelo ou desenho industrial). Não há posse de direitos. Possui-se alguma *res* ou *universitas a* titulo de direito. Na espécie, a título de direito de usufruto. Por outro lado, de muitos sistemas jurídicos distanciou-se o sistema jurídico brasileiro, porque abstraiu do *animzts,* e de todos os outros, porque também abstraiu do *corpus.*

Os modos de aquisição da posse pelo usufrutuário são todos os que admite o sistema jurídico brasileiro e foram longamente estudados no Tomo X, §§ 1.059, 4, 6, 1.064, 2, 3, 1.066, 2, 1.071, 1.079, 8, 1.099, 2, 1.133, 4, e 1.135, 2. Nenhuma dúvida há quanto à aquisição da posse de usufrutuário pelo constituto possessório.

Outrossim, por intermédio de representante, ainda se esse é o próprio constituinte, ou, em se tratando de constituição de usufruto detrato, o próprio adquirente do domínio.

A posse de usufrutuário pode existir sobre bem *nullius.* Se a coisa se torna *nuflius* após a constituição, nada impede que o usufrutuário com

direito à posse exerça a pretensão à posse. Se a *res nullus* passou a ser possuída por alguém, nem o usufrutuário pode sofrer com isso, nem o possuidor pode ser molestado pelo usufrutuário.estatui no art.

DIREITO À POSSE E EXIGÊNCIA DÁ CAUÇÃO. No art. 718, O Código Civil que o usufrutuário tem direito à posse; 729, estabelece que o usufrutuário, antes de assumir o usufruto, tem de Inventariar, à sua custa, os bens, que recebeu, e dar caução, se 1he exige o dono.

A análise dos *momentos* que o art. 729 supõe permite determinar-se quando começa a *posse de usufrutuário,* que é aquela a que tem direito a pessoa a favor de quem se constituiu o usufruto. O constituinte do usufruto ou entregou, antes, a posse do bem ou dos bens usufruídos, ou o fiz simultaneamente, ou constituiu o usufruto com entrega ao usufrutuário, desde logo, da posse a que file tem direito. Uma vez que não se entregou, ou a) file a transmite depois, espontaneamente, ou *b)* o usufrutuário a reclama, amigável, ou *e)* judicialmente, e tem de presta-la o constituinte ou seu sucessor. As três espécies não podem ser tidas como idênticas.

Em a), ou o constituinte ou seu sucessor exige a caução prévia, após o inventário, ou não a exige. Em b), o exercício da pretensão à posse, extrajudicialmente, ou é seguido de recusa por parte do constituinte ou de seu sucessor, ou a situação que se estabelece, com o atendimento por parte dele, leva a a). Se o constituinte ou seu sucessor se recusou a entregá-la, ou o usufrutuário fica inerte após isso, ou exerce a pretensão à tutela jurídica, pedindo a prestação da posse, judicialmente.

A exigência de inventário é comum a todas as espécies. O inventário, de regra, é feito presentes o constituinte (ou seu sucessor) e o usufrutuário. Pode acontecer que esteja preestabelecido, como, em se tratando de bens inventariados judicialmente, o usufrutuário apenas passa o recibo.

Se o usufrutuário é que tem de inventariar, o bem ou os bens usufruídos dos *presentes* para que proceda ao inventino. O inventário é relação de bem, *pedido exigência* (Tomo II, § 285, 13) ; ato jurídico *atricto senas,* por file o usufrutuário, o usuário e o habitador, declara que existem os bens arrolados e qual o estado em que se acham. N~ há transmissão de posse enquanto se faz o inventário, a posse imediata continua com quem estava.

Se não é exigida a caução, pode e deve o constituinte do usufruto ou seu sucessor transmitir a posse imediata.

Se já a transmitira, isso de modo nenhum repercute no direito à caução. Pode exigir a caução ainda depois de ser empossado o usufrutuário.

§ 2.272. DIREITO À POSSE

Se foi exigida a caução, há *exceção de direito a causo.* enquanto o usufrutuário não a presta, encobre-se a eficácia da pretensão à posse imediata. Tanto que se invertem as posições, conforme o art. 730 do Código Civil:

"O usufrutuário, que não quiser ou não puder dar caução suficiente, perderá o direito de administrar o usufruto; e, neste caso, os bens serão administrados pelo proprietário, que ficará obrigado, mediante caução, a entregar ao usufrutuário o rendimento deles, deduzidas as despesas da administração, entre as quais se incluirá a quantia taxada pelo juiz em remuneração do administrador".

O usufrutuário não pode tomar posse a seu libito, com ou sem a vontade do possuidor, seja dono da coisa ou terceiro. Se bem que tenha direito à posse, expõe-se às ações possessórias do terceiro ou do próprio constituinte se pretende empossar-se com ato de justiça de mão própria. Ter direito à posse não éter posse. Ou o possuidor entrega a posse ao usufrutuário, ou o bem está possessoriamente a déspota, ou o possuidor se nega a transmitir a posse.

Se o usufruto é da herança, portanto a causa de morte, e pode ser interpretado como usufruto-herança, a posse transmite-se com a morte segundo o art. 1.572 do Código Civil. Se o usufruto é legado, com a entrega do legado tudo se passa como se a posse houvesse sido entregue à ocasião da morte. Assim se conciliam os princípios peculiares aos legados e o art. 495, 2ª parte, do Código Civil (Tomo X, §§ 2.092 e 2.094, 2).

8.ATO DE CONSTITUIÇÃO DO USUFRUTO E ACORDO DE TRANSMISSÃO DA POSSE. O ato de constituição do usufruto pode a) conter, formalmente, o acordo de transmissão da posse, e possuidor passa a ser, na qualidade de usufrutuário, o outorgado, por algum dos meios de transmissão da posse, ou b) não conter acordo de transmissão, o que não pré-exclui que o usufrutuário possa pedir a posse, uma vez que tem direito a ela (Código Civil, art. 718, *verbis* "tem direito à posse"), ou o) conter cláusula que tire o direito à posse imediata pelo usufrutuário.

A respeito de e), tem-se de discutir se é pré-eliminável o direito à posse (= se o art. 718, 1ª parte, do Código Civil *é ius dispostivum)*. Alguns entendem que, se o constituinte concebeu o que outorgava, como usufruto sem posse, outro direi-75

„te real limitado outorgou, e não usufruto. Também se diz que a cláusula é nula, ou que se atribuiu a alguém, ou se reservou ao constituinte ou seus sucessores a administração. Para G. VsKEZIAN (Dell"Usufrutto, dell"Uso e dell"Âbitazione, *II Diritto civile italiano* de P. FioRE e B. BRUGI, Parte V, II, 2ª ed., 97 s.), se constituído entre vivos tal usufruto, seria renda sobre imóveis, vitalícia, e não usufruto com cláusula de não-posse. O jurista italiano errava de começo por ter reputado a cláusula condição, na espécie condição impossível. Mas, ainda se de condição se tratasse, teria de ser a mesma a solução nas constituições a causa de morte.

Temos de distinguir para que a resposta se integre no sistema jurídico. O usufruto não pode ser tal que o usufrutuário não tenha qualquer posse; mas isso não quer dizer que se não possa pactuar ser o usufruto administrado e, pois, ser *imediatamente possuído* (posse imediata de administrador) por outrem, o constituinte, ele ou seu sucessor, ou terceiro. Sobre a posse de administrador, Tomo X, §§ 1.064, 8, 1.071, 4, 1.082, 1, 1.092, 4, e 1.156, 2.

A posse imediata pode ser negada ao usufrutuário e file mesmo a perde se, exigindo-se-lhe, não presta caução (Código Civil, art. 730). A posse mediata, não. Vale a cláusula que diga pertencer o usufruto a E, mas administrado pelo constituinte, ou por C, ou pelo marido de B, ou terceiro. Se êsse administrador tem de prestar caução, ou o impõe o próprio ato constitutivo, ou a pode exigir o usufrutuário, se o ato constitutivo nada disse a respeito. A dispensa da caução pelo ato constitutivo não pré-exclui a caução cautelar, que é pretensão do usufrutuário, inelidível (ef. Código de Processo Civil, arts. 675, 676, IV, 682, 684-688).

O assunto leva-nos ao problema da posse em caso de incidir o art. 780, o que nos obriga a maior exame. De início, observemos que o ato pelo qual o constituinte ou o sucessor do constituinte, em vez de entregar a administração, a que tem direito o usufrutuário, a êsse, a assume, é ato complexo: nele está regraniento das posses, pois o usufrutuário apenas sofre a restrição que a *exceção de direito à caução* implica.

4.POSSE DO USUFRUTUÁRIO E ADMINISTRação PELO

CONSTITUINTE DO USUFRUTO OU SEU

SUCESSOR. Se o usufrutuário não presta a caução, que se lhe exigiu, perde a administração do usufruto.

Assume-a o constituinte ou seu sucessor. Há, então, duas posses, porque o fato de assumir a administração o constituinte ou seu sucessor, importa em se pôr, possessóriamente , abaixo do usufrutuário. posses, portanto, se estabelecem: a do constituinte ou seu sucessor, *posse própria,* mediata; a do usufrutuário, posse mediata inferior à daquele; a posse imediata do constituinte ou seu sucessor.

As circunstâncias por vOzes turbam as situações, como se 6 o próprio usufrutuário que usa a coisa *(e. g.,* habita a casa que faz parte da fazenda) e se submete à administração do constituinte ou seu sucessor. Então, há a posse própria, mediata, do constituinte ou seu sucessor, a posse mediata do usufrutuário, a posse do administrador, que, com a entrega da casa em locação, se mediatiza, e a posse imediata do locatário, que coincide ser o usufrutuário.

Em qualquer das situações possessórias em que se ache o usufrutuário, tem efeito a tutela possessória. Mas é preciso que haja recebido a posse. O direito real limitado dá-lhe direito à posse, não a posse.

5.CONTEÚDO DA POSSE DE USUFRUTUÁRIO. Já vimos que o usufrutuário recebe a posse de usufrutuário, mas essa posse ou é *imediata,* ou é a *posse mediata* inferior à posse própria, ou do enfiteuta, se o usufruto recai sobre bem enfitêutico, *mais* a pretensão à posse que esteja abaixo dessa, ou *menos* a *posse imediata,* excepcional, do administrador do usufruto. Na ocasião em que se constituiu o usufruto, estava locado o prédio, o usufrutuário recebe a posse de usufrutuário, que é mediata e à base da outorga da posse imediata do locatário. Se o locatário deixa o prédio, a posse imediata vai ao usufrutuário, e não ao constituinte ou seu sucessor. Se, na ocasião em que se constituiu o usufruto, o prédio estava locado, mas o usufrutuário não pôde prestar caução, somente recebeu a posse mediata, inferior à do constituinte ou seu sucessor, e a posse (ai, mediata) do administrador interpõe-se entre a do usufrutuário e a do locatário, que é imediata, talvez também mediata, se houve sublocação.

6.EXTENSÃO DA POSSE DE USUFRUTUÁRIO. A posse de usufrutuário tem a extensão que tem o direito de usufruto.

Todavia, como a posse 6 fato, pode acontecer que o usufrutuário não tenha recebido toda a posse a que teria direito, ou tenha perdido parte da posse que recebera.

A posse do usufrutuário, se apanha da a extensão do usufruto, abrange a das acessões e os direitos acessórios.

Mas, fato, como 6, a posse pode não atingir em das as dimensões £ extensão do usufruto, ou cessar onde começaram acessões ou direitos acessórios que outrem possui, em vez do usufrutuário. Posse é poder táctico.

Em todo caso, com as acessões e os direitos acessórios, a posse automAticamente se dilata, salvo obstáculo que não se presume, ou significativa abstenção por parte do usufrutuário.

A posse de usufrutuário tem a eficácia negativa de pré-excluir a usucapião do domínio pelo usufrutuário, salvo se ele exerce as duas posses, a de dono (posse própria) e a de usufrutuário, sem se ter dado a extinção do usufruto, o que já mostramos ser possível. Assim, se C recebeu de A o usufruto, A vendeu a propriedade a E e B a C, sem que se houvesse cancelado a Inscrição do usufruto, pode C ter usucapido se A reivindicou de E sem ter ido com a ação contra O, ou, ainda, se outrem quer reivindicar de B, por terem sido nulos ou ineficazes os títulos de A e de B.

„7. ADMINISTRação PELO USUFRUTUÁRIO. O usufrutuário tem direito à posse e à administração.

Se o usufrutuário ou algum dos usufrutuários é incapaz, administra o usufruto o titular do pátrio poder, tutor ou curador, só ou em comum com os outros interessados.

Se convém que a administração somente se atribua a um dos usufrutuários, por haver incapaz, a intervenção do juiz é necessária.

A administração pode ser em comum, ou p *ro diviso,* conforme se estabeleceu no ato constitutivo, ou resultou de acordo entre os co-usufrutuários, ou de decisão judicial de regulação do exercício do usufruto.

Quem aliena bem, ou bens, e detrata, para si, o usufruto, pode renunciar à administração (4.B Câmara Civil do Tribunal de Justiça de são Paulo, 23 de fevereiro de 1932, *R. dos T.,* 32, 230: “Diversas pessoas, umas maiores, outras menores, receberam de seus pais, que reservaram, para si, o usufruto, doação de imóvel agrícola.

Aconteceu que os doadores e usufrutuários ficariam sem meios para administrar essa propriedade, pesando execuções sobre ela e afetando o usufruto. Resolveram, então, escrever aos filhos, donatários, declinando da administração e pedindo providências a respeito. Esses, em conjuntura tal, requereram ao juiz, para que não perecesse o imóvel, lhes fesse assegurado o direito de administração, fazendo as despesas necessárias, com o arbitramento de um *quantum* para a administração. O juiz achou procedência nas alegações, e entendeu de não conceder a medida, por haver interesses de credores a serem ouvidos. Mas o fato de haver credores e execuções não impede seja a coisa administrada, para que o líquido, pertencente aos usufrutuários, tenha o destino conveniente").

## § 2.278. Uso do bem em usufruto

1. CONCEITO DE USO. No próprio nome do usufruto há alusão ao *uns* e ao *fruotus. É* o *ins utendi fruendi.* O

usar e o fruir podem ser conexos, e podem não ser. Na mesma fazenda, usa-se a casa de moradia e desfruta-se a horta. Fruto é utilidade, porém não é uso. O uso, se outorga a outrem, pode dar frutos, que são os frutos civis.

2.LIMITES AO USO PELO USUFRUTUÁRIO. O direito de usufruto é direito real limitado. Tem limites e esses limites são interiores ao conteúdo do direito de propriedade. O domínio tem como limites, mas limites exteriores, que lhe são marcados pelos direitos limitativos, isto é, direitos que são por fora dos limites do domínio. Se esses limites avançam em direção do domínio, o conteúdo do domínio diminui. Em vez disso, os direitos reais limitados limitam-se dentro do conteúdo do domínio e restringem êsse conteúdo. Daí dizerem-se restringentes.

Seria difícil enumerarem-se todas as utilidades dos bens suscetíveis de usufruto e mais ainda apontarem-se todos os bens suscetíveis de usufruto. De regra, o que, usando, pode fazer o proprietário, o usufrutuário pode fazer; mas o uso pelo proprietário pode tornar-se *abusos* e ninguém nega que, pelo menos a respeito de certos bens, os proprietários possam abusar do que têm. Tudo se resolve em se saber quais são os atos materiais que o proprietário pode praticar e o usufrutuário não pode.

Se o usufrutuário tem a administração do bem usufruído pode outorgar a outrem direito ao uso, ou ao uso e à fruIção, de todo ou de

parte do bem usufruído. Se não a tem, qualquer outorga é pelo administrador conforme estabelece o art. 730 do Código Civil.

Ainda que tenha a administração, o usufrutuário tem de abster-se de todo ato que altera a destinação econômica da coisa, ou a sua relevante destinação estética ou histórica. Não pode ele, por exemplo, modificar o estilo da casa, que é puro, para, adquirindo maior comodidade, poder perceber maiores alugueres. Nem lhe tirar qualquer adOrno ou elemento que faça parte do seu destino.

É preciso ter-se em vista que o Código Civil, art. 733, 1, foi preciso exigindo ao usufrutuário fazer as despesas ordinárias necessárias à "conservação dos bens no estado em que os recebeu", e no art. 739, VII, faz extinguir-se o usufruto se o usufrutuário "deteriora" ou "deixa arruinar" o bem, não lhe acudindo com os reparos de conservação. Fala-se de dever de conservação, mas em verdade a destinação econômica é *limite,* objetivo, à faculdade de usar e fruir, portanto ao próprio direito de usufruto. Limite, conforme o conceito acima exposto, *interior* ao conteúdo da propriedade. A não-ingerência é exigida porque a destinação econômica, estética ou histórica já está inclusa nas faculdades que ficaram ao dono e passam a seus sucessores. Algumas vOzes, a proIbição é de direito público, de jeito que recai sobre os próprios atos de incursão que se exerçam em bem usufruído, mas, no momento, *nullus,* ou ainda que o dono do bem usufruído consinta, É o que ocorre, por exemplo, com os *bens tombados* (Decreto-lei n. 25, de 30 de novembro de 1937, arts.. 12, 18, 19, 22, 22, § 3ª, e 29; cf. Tomo II, § 158). O dever é do usufrutuário e de quaisquer terceiros. O seu proprietário pode ir contra o usufrutuário como contra qualquer terceiro que ofenda a destinação econômica, estética ou histórica do bem. Se o usufrutuário tem a posse imediata e a administração e aluga a terceiro o prédio, quando êsse terceiro alterar a destinação econômica, estética ou histórica do bem locado, não é só o locador que tem ação contra o locatário, tem-na o dono do prédio usufruído contra quem alterou, quer negatória-mente, quer para haver indenização por ato ilícito absoluto.

O usufrutuário locador tem essas ações e mais a ação ex *contractu.*

8. > QUE É DESTINação ECONÔMICA, ESTÉTICA OU HISTÓRICA? A destinação econômica é a mais adequada ao bem, segundo o julgamento do dono do bem usufruído, com os elementos objetivos e subjetivos para a escolha. Entram em conta o valor do bem, a mentalidade e classe social do dono, circunstâncias passadas, como a clientela que se granjeou para o local, e outros fatOres. Na mesma rua,

há prédios destinados a residência, prédios destinados a casas de comércio, a hotéis e prédios destinados a garagem de automóveis.

Não raro as leis de direito público ou vedam na rua algumas destinações, ou as impõem.

No que concerne ao usufruto, a destinação econômica dos bens usufruídos é um dos elementos com que se compõe o "estado em que (o usufrutuário) os recebeu" (cf. art. 733, II).

Não se pode eliminar a possibilidade da destinação estética, ligada à econômica, ou ao lado dela, nem a destinação histórica. Não é devido à destinação econômica que o usufrutuário não pode alterar o *bem tombado;* é devido, por vêzes, somente à destinação estética ou histórica.

No ato constitutivo, ou, depois, por acordo com o usufrutuário, que seja levado a registro, pode ser dada diferente destinação ao bem usufruído: no ato constitutivo, em vez de ser limite ao direito de usufruto a destinação que até o momento teve o bem, estabelece-se que o usufrutuário pode dar ao bem tal ou qual destinação, ou escolher entre destinações apontadas; após o ato constitutivo, o dono do prédio pode acordar em tal mudança, mas o acordo somente se impõe a terceiros adquirentes do bem ou terceiros que contarem com o usufrutuário se houve a averbação.

A apreciação dos elementos objetivos para se saber qual foi a destinação que se fixou é assaz relevante; porém não o é menos a dos elementos subjetivos.

Se o constituinte destinava o prédio a sua habitação, ou a fazenda a seu uso, dai não se pode tirar que o usufrutuário esteja sujeito a habitar ou usar, diretamente, a fazenda, pois o usufruto não é a habitação, nem o uso. Se o constituinte tivesse querido acordar em criação de uso, ou de habitação, não teria chamado usufruto ao direito do outorgado.

Pode o ato constitutivo ou o acordo posterior restringir o uso e a fruição, ou permitir-lhes maior extensão.

O usufrutuário pode aumentar a usabilidade e o rendimento da coisa usufruída, desde que não lhe mude a destinação econômica, estética, ou histórica, *Fructuaritea* causam *proyrUtat < a deterioním fatere nos debet, mellorer locar. poteat* (ULPIANO, L. 13, 4, D., de *«au fnwtu et quemezdmodum quis statsr fnwlur,* 7, 1, provâvelmente foi Interpolado o "meliorem facere potest", mas influiu no sistema jurídico luso-

brasileiro e brasileiro). O principio revela-se no art. 734 do Código Civil onde se dá a pretensão ao dono para haver os juros das despesas com o aumento do rendimento do bem usufruído. Se o dono pode fazer tais obras, também as pode fazer o usufrutuário.

As mudanças que não atingem a destinação do bem são permitidas, ou lhe aumentem o rendimento,. ou não. No art. 725 do Código Civil diz-se: "Se o usufruto recai em florestas, ou minas, podem o dono e o usufrutuário prefixar-lhe a extensão do gOzo e a maneira da exploração". (No Decreto-lei n. 1.985, de 29 de janeiro de 1940, arte. 6.0, 28-38 e 84, XVI, aliás também vigente com a Constituição de 1946, art. 153, limita-se o poder de gravame, por parte do dono, e de dação do. uso e fruição, por parte dele e do usufrutuário.)
4.ACESSÕES, PERTENÇAS E DIREITOS ACESSÓRIOS. A destinação do bem usufruído impõe-se às acessões. Mas, dentro das raias da destinação, sempre que a acessão não faça corpo comum com o prédio, em seu destino *(e.* g., o terreno acrescido ficou por fora da muralha que cerca o estabelecimento industrial, de modo que não se pode aproveitar para plantação feita pelo usufrutuário), a destinação não alcança o incremento.

Quanto aos direitos acessórios, não há pensar-se em que a destinação deles possa ser estranha à destinação do bem usufruído, mesmo porque a existência deles, antes da constituição do usufruto, demonstra a mesme idade de utilização.

As pertenças, se anteriores à constituição do usufruto, presume-se que seguem a destinação do bem usufruído.

Se posteriores, ou o usufrutuário as tem para o tempo em que usufruía o bem, ou, se de propriedade do dono do bem sob usufruto, ou de terceiro, tem-se de indagar se aquele imprimiu a destinação às pertenças, de modo que se dilatou o objeto do usufruto, ou se o terceiro as entregou para a duração do usufruto.

Ainda a respeito das pertenças anteriores ao usufruto, não se pode admitir mais do que presunção de serem ligadas ao bem usufruído, salvo o i *us toliendi* dos terceiros donos.

## § 2.274. Fruição do bem em usufruto

1.DIVISÃO A FRUIR E DIREITO SOBRE OS FRUTOS. Enquanto não percebe os frutos o usufrutuário tem direito a eles, porque, embora o domínio pertença a outrem, o poder de usar e fruir está com o

usufrutuário, e não com o dono do bem usufruído. O direito do usufrutuário é anterior à percepção e já tem ele a posse sobre os frutos pendentes, porque tem a posse da coisa, pOsto que, na espécie do art. 730 do Código Civil, por não ter prestado caução, a posse imediata esteja com o administrador. Depois de colhidos os frutos, nÃo é como usufrutuário que tem sobre eles direito quem as colheu, mas sim como dono. Separados, os frutos são bens distintos do bem usufruído.

2.FRUTO E FRUIÇÃO. Frutos são o que as relações entre os homens levaram a considerar-se, em determinado momento histórico, de valor econômico, segundo critérios objetivos ou objetivos e subjetivos.

Todavia, se algum produto, que se não conhecia ou que se conhecia e a que se não atribuía valor econômico, começa a ser aproveitado pelo usufrutuário, tem-se como fruto, embora a opinião comum e o próprio dono do bem usufruído ainda não o tenham como fruto. É elemento limitativo a estrutura e composição do bem, a *rerum substantia,* o estado em que o usufrutuário recebera o bem. Há um capital, que o usufrutuário tem de respeitar.

No que se colhe ou apanha, há, além do que se destina a consumo, ou emprego, o que é necessário a que se não exaúra a frutificação. Quem se termou usufrutuário de fazenda em que se planta cana de açúcar não pode perceber todos os frutos de modo que não haja replantio. Mas têm-se como frutos, por exemplo, pedras e areia, que só se tiram enquanto não se dana o bem usufruído. Os alugueres dos prédios são frutos e o usufrutuário percebe-os em sua totalidade, a despeito de se irem arruinando os edifícios; todavia, não há, ai, exceção à regra geral da inversão conservativa, porque já se impôs ao usufrutuário o que se reputou que lhe devia incumbir nas reparações (Código Civil, arts. 732, 733, 1, e 734).

O usufrutuário tem direito aos frutos naturais e aos frutos civis. se transfere a outrem o direito de uso, o que lhe toca receber do outorgado é fruto civil. “O que lhe toca” é sempre coisa ou serviço, como se o aluguer é pago em lições, ou em pintura da casa, ou em reparações; mas é inadmissível dizer-se que os frutos naturais são coisas e os frutos civis direitos

*(e.* g., G. PUGLIRSE, Usufrutto, Uso-Abitazione, *Trattato di Diritto civile italiano* de F. VASSALLI, IV, *5,* 293 e 301). Os frutos são civis porque não derivam materialmente do bem usufruído, mas intercalados o dever e a obrigação de alguém. Vencidos os créditos sem serem pagas as prestações, a pretensão e a ação ficam em lugar da prestação, mas

ainda não há *frutos*.

L O se no art. 721 do Código Civil: “Salvo direito adquirido por outrem, o usufrutuário faz seus os frutos naturais, pendentes ao começar o usufruto, sem encargo de pagar as despesas de produção”. As despesas de produção já tinham sido feitas; os frutos já pendem: se alguma despesa é devida, deve-a o dono do bem usufruído. Pode dar-se que os frutos já sejam de outrem, uma vez que pode haver direito a frutos ainda pendentes. É preciso, contudo, que a aquisição pelo terceiro tenha eficácia contra o usufrutuário, cujo direito é real e começou a determinado momento.

Se há nos bens usufruídos maquinaria ou aparelhos que sirvam à beneficiação dos frutos, a utilização deles é uso: os frutos, próprios do usufrutuário ou alheios, já são objeto de propriedade e o contacto deles com as máquinas e aparelhos é incidental, para serem beneficiados. Máquinas e aparelhos não produzem frutos; máquinas e aparelhos só se usam. Se, porém, se dão em aluguer as máquinas e aparelhos, o uso faz-se frut < civil, através da assunção do dever e obrigação, por outrem, de prestar o aluguer, que é fruto civil. Há uso direto das máquinas e aparelhos até o momento de se extinguir o usufruto, inclusive se com elas trabalha o usufrutuário, ou empresa de que faz parte, e o indireto, se cobra pela utilização, por hora, ou peça. Se foram alugadas as máquinas, ou alugados os aparelhos, o aluguel a ser vencido 6 fruto civil pendente (Código Civil, art. 723: “Os frutos civis, vencidos na data Inicial do usufruto, pertencem ao proprietário, e ao usufrutuário os vencidos na data em que cessa o usufruto”).

Os frutos naturais, pendentes ao tempo em que cessa o usufruto, pertencem ao dono, em compensação das despesas (Código Civil, art. 721, parágrafo único).

3.FLORESTAS, BOSQUES E PARQUES. Em principio, pode o usufrutuário cortar árvores da floresta, ou isoladas no campo, ou dos bosques, se tais árvores não entram na destinação do prédio, como partes integrantes inseparáveis. Os parques, que só servem ao embelezamento, não podem ser destruídos. Não se pode partir da afirmação a *priori* de só ser capital o terreno. Não é o mesmo receber-se em usufruto terreno nu, ou destinado a ser aplanado para edificação, ou campo de diversões ou jogos, e receber-se terreno com árvores seletas, ou embelezantes, que não cerceiam o exercício regular do usufruto, nem são, precisamente, frutos. Já o direito romano permitia o talhe de árvores, sem pôr a regra jurídica para todos os casos e circunstâncias. A respeito são dignos de menção os textos de

ULPIANO (L. 9, § 7, e L. 13, § 4, D., *de mfractu et quertwdmoctttm quis utatur frtwtur,* 7, 1) e de GAIO IL. 30, pr., D., *de verborum significa tione,* 50, 16).

Convém advertir-se em que, à frente do interesse do dono do prédio e à frente do interesse do usufrutuário, está o interesse público, que se regula nas leis de proteção às matas, florestas e árvores esparsas. O que em tais leis se estatui, impositiva ou proibitivamente, não é restringente do domínio, é limitativo; no que concerne ao usufruto, também, os limites que lhe traçam não são internos mas externos, isto 6, ao domínio e ao usufruto.

Quais sejam as árvores cortáveis e as árvores não cortáveis, abstraindo da legislação de direito público, só se pode saber em cada momento histórico, sendo problema, a cada passo, de interpretação do ato constitutivo do usufruto. Ao constituinte fica a destinação, até o momento da constituição do usufruto. O que só se destina a lenha, ou a ser talhado para as despesas da propriedade, pode ser utilizado pelo usufrutuário. Presume-se tal destinação se nenhuma outra utilidade poderia dar vantagens ao usufrutuário. Presunção, admite-se, no direito privado brasileiro, *komznts.*

O elemento subjetivo que pode estar à base da destinação ao corte é ineliminável, salvo se há proibição de direito público, que ai opera como elemento objetivo decisivo. Se não há qualquer vedação, a prática do constituinte ou dos proprietários precedentes muito pesa para se entender que se permite o talhe. A cláusula do ato constitutivo somente não pode facultá-lo se há lei proibitiva.

Ainda se não há regra jurídica, de direito público, que imponha a substituição das árvores cortadas, tal dever e tal obrigação existem entre usufrutuário e dopo do bem usufruído, salvo: a) se o bem está destinado a aproveitamento posterior que dispense o replantio, segundo a opinião comum, se o ato constitutivo não previu o contrário; lO se as árvores cortadas são de ínfimo valor, de jeito que se não justifique a despesa de substituição.

Se as árvores somente estão adequadas ao corte ao tempo do usufruto, o fato de não terem praticado o corte, antes, os proprietários precedentes é sem relevância.

As árvores anciãs, esparsas, que embelezam o terreno e não são obstáculo invencível à construção ou outra utilização regular do prédio não podem ser cortadas.

As árvores frutíferas que envelhecem durante o usufruto têm de ser substituídas.

O Código Civil, no art. 725, de certo modo previu as dificuldades de determinação do uso e da fruição, em se tratando de florestas, e apontou a solução da cláusula inserta no ato constitutivo do usufruto ou em pacto posterior: "Se o usufruto recai em florestas; ou minas, podem o dono e o usufrutuário prefixar-lhe a extensão do gozo e a maneira de exploração".

4.FRUTOS CIVIS. Os frutos civis, enquanto não se vencem os créditos, não se adquirem. O usufrutuário pode colher os frutos verdes, frutos que pendem; não pode cobrar os alugueres e outros proventos que ainda não se venceram. Vencidos os alugueres, o que é fruto civil é o aluguer, e não o crédito. Por isso, o possuidor tem direito aos frutos civis, dia por dia (Código Civil, art. 512), e o usufrutuário, conforme o vencimento, 11185 O

Crédito é direito aos frutos civis, não o fruto civil. Enquanto pendem os frutos, o usufrutuário tem direito a eles; enquanto pendem os frutos civis, também: ainda não há o fruto civil, *que se adquira.*

Enquanto nem todos os bens são frutíferos, todos eles, sendo usáveis por outrem, podem dar frutos civis, porque qualquer bem de que se dê o uso a outrem pode produzi-los.

Dividendos são frutos civis, porque, embora sejam os sócios que têm direito a ê]es e a sociedade seja pessoa distinta, há participação nos interesses pelo que inverteram no capital social. São quotas de lucros, portanto de frutos civis.

O que se recebe pela reprodução de obra artística, científica ou literária é fruto civil; o direito autoral de reprodução não 6 transferido, apenas se dá a outrem o usufruto, o que não se confunde com outorgar edição, ou representação.

Também pode ser objeto de usufruto a propriedade industrial (invenções, marcas de indústria).

A empresa pode dar frutos: o que se recebe por mercadorias, produtos e serviços prestados a terceiros, no que excede ao passivo.

5.DIREITO DO USUFRUTUÁRIO QUANTO AOS FRUTOS. Enquanto os frutos se acham pregados ao bem produtivo, as uvas ao parreiral, são

partes integrantes do bem produtivo, mas sobre a coisa e, pois, sobre todas as partes integrantes, tem o usufrutuário direito real limitado. A sua situação não é a de locatário, a que a posse permita perceber os frutos. Mais: se, quanto às outras partes integrantes, qualquer ato do usufrutuário que as retira do todo, ainda em fragmento, seria ofensa ao domínio, quanto à parte integrante consistente em fruto o usufrutuário a pode separar, antes de tempo ou no tempo próprio, sem que haja exercício regular do direito de usufruto, salvo se, *in casu,* o desfruto temporão ofende a coisa mesmo, a *substantia* da coisa, de que falavam os juristas romanos. Os frutos pendentes ao tempo de cessar o usufruto pertencem ao dono do bem usufruído (Código Civil, art. 721); de onde se há de tirar que só os pode colher temporões o usufrutuário se não estariam pendentes ao cessar. Por isso mesmo, se os frutos caem, ou se colhe os frutos terceiro, antes do tempo, não sendo frutos pendentes ao tempo de cessar o usufruto, é o usufrutuário quem os adquire. Os frutos que caíram ou foram tirados por terceiro no momento anterior à cessação do usufruto, são do usufrutuário.

Quanto aos frutos civis, se a relação jurídica entre os contraentes continua de ser eficaz contra o usufrutuário e, pois, pela comutatividade do negócio jurídico, a favor dele, as prestações, que se vencem, são devidas, se o vencimento foi após a constituição do usufruto, ao usufrutuário. Se o vencimento foi após, até a data de cessar o usufruto, também são dele os frutos civis, de modo que não tem direito ao que o contraente *teria* de pagar pelos dias anteriores à cessação do usufruto.

O estarem verdes os frutos não é obstáculo à aquisição (L. 48, § 1, D., *de us"u fruetu et quemo4nwdum guia utatur fruatur,* 7, 1; cf. A. KoEPPEN, *Der Fruehterwerb des* bonae fidei possessor, 24 s.).

6.PENHORA DE FRUTOS PELO CREDOR DO USUFRUTUÁRIO. Se alguém penhora os frutos pendentes durante o usufruto, tudo se passa sem dificuldade; mas, ocorrendo inesperada cessação do usufruto e não tendo sido colhidos os frutos, a penhora torna-se ineficaz. Porque os frutos naturais pendentes ao tempo em que se extingue o usufruto são do dono do bem usufruído, e não do usufrutuário, Se alguém penhora os frutos pendentes antes da constituição de usufruto, a penhora é eficaz ainda se a colheita é após a posse do usufrutuário, porque, então, a constituição foi em fraude de execução (Código de Processo Civil, arts. 395, 1, e 888, V).

A penhora dos frutos pendentes e consequente execução forçada é penhora do direito aos frutos, e não dos frutos, coisa móvel que ainda

não existe, Se os frutos são civis, dá-se o mesmo: o que se penhora é, por exemplo, o direito aos alugueres. O dinheiro dos alugueres ainda não existe, nem se pode penhorar. A execução forçada somente pode recair sobre o direito, e não sobre a prestação, salvo se já se desprenderam os frutos, ou já se venceu a dívida de frutos civis. Dai terem partido de premissas erradas os que negam a executabilidade forçada imediata e os que, para a justificarem, falam de eficácia real imediata *(e. g.,* 5. PuGLIAnI, *Esecuziorte forzata e diritto sostanziale,* 201 s.; LíNo SALIS, *Compravendita di cosa fzdura,* 824 s.). Certamente, no momento da execução forçada, os frutos naturais, partes integrantes do bem usufruído, não são do domínio do usufrutuário, mas há o direito real desse sobre a coisa e somente se, ao cessar o usufruto, ainda pendem, não se dá a aquisição por ele. O direito dele é *direito expectátivo ,* que se extingue com o usufruto. Se os frutos são civis, não é muito diferente o que acontece, porque o usufrutuário somente poderia dar o exercício do usufruto ou contratar a respeito de uso e fruição para enquanto seja usufrutuário.

A penhora dos frutos pendentes não é baseada na possibilidade de efeitos reais preliminares, fantasia que destoa dos princípios, É penhora do direito expectátivo. Nem se há de falar de frutos pendentes como bens móveis, nem se há de procurar explicação à penhorabilidade em preventividade, preliminaridade, prodromincidade e outras previedades, com que trato superficial, mas fecundo em discursos, tem intentado justificar a regra jurídica escrita ou não da penhorabilidade dos frutos pendentes, ou dos frutos civis, se ainda não vencido o crédito. A regra jurídica não precisa ser escrita, nem lhe adiantam essas justificações: os frutos naturais pendentes e os frutos civis em caso de créditos não vencidos são penhoráveis, porque são bens móveis o direito expectativo que corresponde àqueles e os créditos ainda não vencidos. Há, nas duas espécies, a elipse a que tantas vêzes é devida a obscuridade de muitos problemas: “são penhoráveis os frutos pendentes” *significa* “são penhoráveis os direitos expectativas aos frutos pendentes”.

A penhora incide no direito aos frutos, razão por que é ineficaz, para se considerarem do dono os frutos pendentes penhorados, a extinção em virtude de renúncia ou de acordo extintivo entre usufrutuário e dono posterior à penhora ou não registrado antes da penhora. Seria em fraude da execução.

É um perder tempo incompreensível estarem alguns justas a falar de anomalia da execução da coisa futura, se há, na espécie, direito expectativa, direito formativo gerador, ou crédito não vencido (cf. Código de Processo Civil, art. 941). Não há qualquer anomalia; só a

vêem os que se não dão conta de que a penhora recai no direito expectativo, no direito formativo fiador, ou no crédito a vencer-se, e não no que depende do acontecimento, ou do ato de exercício do direito formativo gerador, ou do vencimento do crédito.

7.PENHORA DE FRUTOS PELO CREDOR DO DONO DÓ BEM Usufruído. O que acima se disse quanto à penhora de frutos pelo credor do usufrutuário também se há de entender quanto à penhora dos frutos pelo credor do dono do bem usufruído se a percepção ocorre após a constituição do usufruto. Mas a êsse propósito cumpre prevenir-se que a), se o ato constitutivo pré-exclui do direito do usufrutuário aos frutos aqueles que estão pendentes, ou *b)* se foi inscrita a penhora no registro de imóveis (Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, arts. 178, VI, 279 e 280), a penhora é eficaz.

8.VENDA DE FRUTOS FUTUROS PELO USUFRUTUÁRIO. Nada impede que se vendam frutos futuros, quer o faça o dono do bem em relação aos que se percebam antes da constituição do usufruto, quer o faça o usufrutuário quanto aos que se percebam durante o usufruto. Não se trata de transferência da propriedade, porque essa ainda não existe, e todas as discussões em termo desse assunto resultaram do erro dos que não distinguiam, ou confundiam, contrato de compra e venda e acordo de transmissão, como ainda há os que não distinguem, ou confundem, o negócio jurídico básico e o acordo de constituição de usufruto, ou, simplesmente, o negócio jurídico de constituição (cp. D. RuníNo, Compravendita, *Trattato di Diritto Civile* de Cícíj e MESSINEO, 156 5.; LINO SaIS, *Co"mpravendita di cosa futura,* 294; LUIGI Mosco, *1 Frutti nel diritto positivo,* 509 s.; B. Bíomí, 1 Beni, *Trattato di Diritto civile italiano* de F. VASSaL!, 156).

É preciso atender-se a que, antes da separação, não pode haver propriedade, à parte, dos frutos: os frutos pendentes são parte integrante da coisa, que pertence a alguém e está gravada de usufruto a outrem. Os frutos ainda não são do usufrutuário, mas o dono, que deles dispusesse, disporia de bens futuros, que somente serão seus se, ao se extinguir o usufruto, ainda não foram percebidos. Separados, já havendo o usufruto, são do usufrutuário.

Se o usufrutuário, durante o usufruto, vende os frutos futuros (pendentes ou não) e, antes de percebidos, o usufruto cessa, *houve* compra e venda de coisa alheia. Tal venda só é ineficaz no sentido de se não poder executar o vendedor pela coisa certa, e não no sentido de se não poder condenar o usufrutuário a perdas e danos. Não se deve

dizer que tal venda ainda não tem efeitos reais, como fazem alguns juristas; o que acontece é que ainda não houve acordo de transmissão e transferência. É de repelir-se qualquer ação por direito *ad rem habendam;* há apenas a ação pessoal de condenação.

Como se sabe, no Brasil, nas leis emergenciais, e noutros países, se protege a locação feita pelo usufrutuário ou pelo dono do prédio, ainda que o usufruto cesse, ou sobrevenha alienação. Na jurisprudência francesa estendeu-se a regra jurídica ao comprador de boa fé dos frutos de um ano, ficando ao dono a quota no preço (MAURICE

PICARD, Des Biens, M. PLANÃOL-O. RIPERT, *TraiU pratique de Droit civil,* III, 2ª ed., 335 s.; COLIN-CAPITANT, *Cours élémentaire de Droit civil français, 1,* 103 ed., 871). Sem razão; porque a proteção nas leis sobre locação é a quem *habita,* de jeito que desgarra dos princípios de interpretação das leis ver-se, aí, analogia, ou chegar-se a essa conclusão extensiva por equidade. Por outro lado, cumpre advertir-se em que não há, no sistema jurídico brasileiro, regra jurídica como a do art. 984 do Código Civil italiano, que nos permitisse, havendo a repartição de frutos de que naquele art. 984 se trata, que se beneficiasse com o que tocaria ao usufrutuário o comprador dos frutos. O art. 721, parágrafo único, do Código Civil brasileiro entrega tais frutos ao dono do bem, cessado o usufruto, "também sem compensação de despesas".

Outrossim, não se pode introduzir no direito brasileiro a noção de coisa móvel, falando de transferência de propriedade, a respeito de frutos futuros, ainda pendentes *(aliter,* a doutrina francesa, *M.* PLANÃOL-G.

RIPERT, *TraiU élémentaire de Droit civil,* 1, 906 s.; e D. RuBINo, Compravendita, *Tratta,to di Diritto civile* de ANTONÃO Cícu e FRANCISCO MESSINEO, 158).

9.VENDA DE FRUTOS FUTUROS PELO DONO DO BEM USUFRUÍDO. O dono do bem usufruído pode, ainda durante o usufruto, vender frutos futuros. Se os vendeu antes de constituir o usufruto e os percebeu antes do ato de constituição, nada se pode discutir; se os vendeu antes de constituir o usufruto e a percepção só depois ocorreu, os frutos não são dele, mas sim do usufrutuário, e a ação contra o dono do bem usufruído somente pode ser a de condenação. Se os frutos vendidos só se percebem após a cessação do usufruto, a ação é de condenação e possível execução por divida de coisa certa. Se houve

acordo de transmissão, com a posse dos frutos, a ação é a de vindicação; e pode haver a ação de imissão de posse, se posse ainda não houve.

10. FRUTOS PELO DONO, PELO USUFRUTUÁRIO OU POR TERCEIRO. Se o dono do bem usufruído se apodera dos frutos que, segundo o art. 721, são do usufrutuário, ou se o usufrutuário, tardio na entrega do bem cujo usufruto cessou, colhe os frutos, que, segundo o art. 721, parágrafo único, são do dono do bem, não tem o usufrutuário, ou o dono, somente ação pessoal contra o esbulhador, tem a ação possessória e a ação de reivindicação (absolutamente sem razão, R. NícOLO, Dell‟Usufrutto, dell‟Uso e dell‟Abitazione, *Commentario* de M. D‟AMELIO, III, 609; D. BAREERO, *L‟Tisufrutto e i diritti a)‟ tini,* 186; LUIGI Mosco, *1 Frutti nel diritto positivo,* 538 s.). Se os bens foram percebidos por terceiro depois de se haver extinguido o usufruto, a situação é a mesma, para o dono do bem usufruído, que é o dono deles. Se foram despendidos pelo usufrutuário antes de cessar o usufruto, sim: há a ação contra o ato ilícito absoluto do usufrutuário. Se o desfrutador foi terceiro, contra ele há a ação do usufrutuário e a do dono. Contra o terceiro, tem o usufrutuário a ação de reivindicação; contra o usufrutuário, tem o dono a ação de indenização. O raciocínão é o mesmo se o dono do bem usufruído, antes da entrega do bem mas após a constituição do usufruto, se apodera, ou terceiro se apodera, do que sOmente havia de ser percebido pelo usufrutuário.

11.PARTICULARIDADES SOBRE OS FRUTOS CIVIS. Os frutos civis são a prestação a que corresponde crédito por uso ou fruição do bem (sujeito, ou não, a usufruto). Os frutos civis não existem enquanto não há a prestação deles; o que existe é o crédito, que ou ainda não se venceu ou já se venceu e foi satisfeito. Se a data da constituição do usufruto foi a 15 de março e nesse dia se venceu o crédito, a prestação *devida,* ou que foi feita, (ainda) pertence ao dono do bem usufruindo. O legislador fixou a data da constituição do usufruto, porque nesse dia é que será feita, de ordinário, a entrega da posse do bem. Também, ao cessar o usufruto, a prestação que for devida ou for feita no dia da cessação, já pertence ao dono do bem usufruído.

Tudo isso só se refere à relação jurídica *real,* a respeito do crédito e da prestação. Mas há o terceiro que é pólo da relação jurídica de crédito. A lei distribuiu entre dono e usufrutuário os créditos *vencidos.* O devedor não tem, ai, dever de conhecer o início do usufruto ou a sua extinção, o que é assaz relevante para se saber a quem deve ele pagar.

A notificação é de exigir-se, porque, sem ela, transferência legal, a *cesado legal* ou *ex lege* não seria eficaz (Código Civil, art. 1.069). Exonerado ficaria o devedor se solvesse a dívida ao dono, devendo fazê-

lo ao usufrutuário; ou ao usufrutuário, devendo fazê-lo ao dono (art. 1.071).

Se a prestação é feita a quem é devida, *tollutur quaestio.* Se não é feita a quem é devida, mas ao dono, ou ao usufrutuário, a quem não teria de ser feita, e não fora notificado o devedor, a ação de quem tem direito aos frutos é contra quem recebeu. Se o devedor não solveu a dívida, tem o usufrutuário, ou o dono, a quem devera ter sido entregue a prestação, ação contra o inadimplemento: fruto civil *seria,* ai, a pretensão, o me *exigertdi,* porque frise-se: porque o fruto civil, em dinheiro ou outro bem, não foi prestado. Fruto civil futuro.

Pode acontecer que o crédito, de uma só prestação, seja anterior à constituição do usufruto e o vencimento só ocorra depois de extinto o usufruto: o usufrutuário nada terá percebido. Idem, se o dono, ao concluir o contrato antes da constituIção do usufruto, recebeu, adiantadamente, os frutos civis, de modo que se embolsara do que, segundo o art. 728, teria de ser prestado ao usufrutuário. O art. 723 é *lua dtspositivum.* Tem-se de resolver, previamente, a questão de interpretação do ato constitutivo do usufruto, para se saber se o constituinte somente estabeleceu o usufruto para o que não fesse o recebido.

## § 2.275. Proventos em geral

1. DIREITOS AOS PROVENTOS. Os direitos aos proventos são a todos os proventos que concernem à coisa e suas partes Integrantes, inclusive direitos reais que toquem ao usufruto, como as servidões e os prêmios atribuídos ao bem.

Em todo caso, a regra jurídica sobre caberem ao usufrutuário todos os proveitos 6 dispositiva. É possível, na constituição do usufruto, pré-excluírem-se alguns proventos singulares, ou algum deles. São *restrições* negociais ao usufruto. Por exemplo: o dono da fazenda reserva-se a safra de legumes e frutas do ano corrente, ou de alguns anos, ou o aluguer das casas em que há armazéns de secos e molhados, ou do açougue. O art. 725

do Código Civil prevê uma das espécies: “Se o usufruto recai em

florestas, ou minas, podem o dono e o usufrutuário prefixar-lhe a extensão e a maneira de exploração". O art. 725 é exemplificativo.

2.RELação JURÍDICA REAL E RELAÇÕES JURÍDICAS PESSOAIS. As relações jurídicas reais do usufruto são entre o usufrutuário e quem quer que seja, *e. g.,* proprietário do bem usufruído. Quem constituiu o usufruto pode deixar de ser proprietário e, até, nunca ter sido *(e.* g., o sucessor adquiriu, por usucapião, o domínio). O

constituinte do usufruto que renunciou (Código Civil, art. 589, II) ou derrelinquiu, ou abandonou (arte. 589, III, e 593) a propriedade, perde-a; o usufruto nada sofre com isso.

Cumpre não confundir a relação jurídica real e as relaçÕes jurídicas pessoais entre outorgante (dono) e outorgado (usufrutuário). Essas emanam do negócio jurídico causal entre outorgante do usufruto e outorgado.

Os deveres legais, isto é, *reais,* subsistem com os sucessores do outorgante, que deixa de ser dono; os *pessoais* continuam entre ele e o outorgado, salvo no que supõem a titularidade de proprietário.

3.PRÊMIOS E OUTROS PROVENTOS. Os prêmios e proventos similares tocam ao credor, mas são como acessões do titulo.

Tem-se de aplicar a soma recebida, se o prêmio ou proventos não foi já em espécie frutífera. Se a coisa não é frutífera, mas tem valor de uso, o usufrutuário pode exigir-lhe a entrega, até que cesse o usufruto. Se a prestação é em objeto que só se pode utilizar uma vez, como o prêmio de viagem, ou de aperfeiçoamento técnico, ou científico, ou artístico, ou industrial, só uma pessoa pode gozá-lo. AI, coisa e provento são um só valor. Se alienável o provento, a solução é vender-se, e aplicar-se a importância. Se intransferível, quem do provento se utiliza tem de indenizar o outro: se o usufrutuário, no fim do usufruto há de prestar o valor do provento; se o credor, tem de prestar os juros do valor, até que se extinga o usufruto (cf. G. PUOLIESE, Usufrutto, Uso-Abitazione, *Trattato di Diritto civile italiano* de F. VASSALLI, IV, *5,* 686, nota 2).

Quanta ao direito de preferência para a subscrição do aumento de capital, o Decreto-lei n. 2.627, de 26 de setembro de 1940, estatuiur "No usufruto e no fideicomisso, o direito de preferência, se não exercido pelo acionista, poderá sê-lo pelo usufrutuário ou fideicomissario". Poderá, diz a lei; porque a usufrutuário só o exerce

se o acionista não o exerceu e sem dever de manifestar-se. Se o acionista o exerceu, o art. 716 do Código Civil, fazendo direito acessório o direito de preferência, estabelece que o usufrutuário tenha usufruto sobre as ações novas, uma vez que deliberou em assembléia e o aumento do capital está submetido a direito de preferência. A solução acertada é entender-se que o usufrutuário usufrui as ações novas, mas tem de pagar ao proprietário os juros do capital desembolsado, *salvo acordo entre os dois interessados.*

## § 2.276. Deveres do usufrutuário

1.IRRADIação DE DEVERES. Da relação jurídica de usufruto derivam deveres do usufrutuário perante o dono do bem usufruído ou dos bens usufruídos.

São deveres do usufrutuário para com o proprietário:

a) Os *deveres de conservação,* no que a relação jurídica de usufruto se diferença da relação jurídica de locação, pois ao locador incumbem todas as reparações de que o prédio necessite, salvo pequenas reparações de estragos, que não provenham do tempo ou do uso (Código Civil, art. 1.206 e parágrafo único, cp. arts. 1.192, IV, e 1.193). O que provém do desfruto norma! não é indenizável pelo usufrutuário; mas são-no todas as renovações e reparações que a conservação da coisa exija.

É preciso atender-se a que o direito real limitado é de eficácia *erga omnnes,* incluído em "todos" alguém que é o dono *atual* do bem gravado, mas o dono *atual* está, no momento, em contacto tal com o titular do direito real limitado que se geram relações entre eles, inconfundíveis com as que se irradiam para todos, isto é, relações que não são *erga omites,* a que não correspondem simples direitos e deveres de abstenção. Do dever de prestar caução emana a obrigação de prestar caução, que tem de ser prestada ao ser, de inicio, exigida, mas que se extingue se entregue de regra a posse sem que se exija. No sistema jurídico brasileiro, a obrigação de segurar só existe se já. estava seguro o bem ao ser constituído o usufruto.

b) O *dever de comunicar* ao dono tudo que diga respeito a reparação ou renovação extraordinária, ou a medida imprevista, a perigo que corre a coisa, a alegação de direito por parte de terceiro. Dever de comunicar, não de providenciar, ou de prover às despesas, se não lhe incumbem segundo o que se disse em a). Não tem ele, por exemplo, de fazer muralha para impedir que as águas do rio, ou de fonte próxima,

estraguem parques, ou casa, ou instalações. Nem de cercar o prédio que não estava cercado. Se o proprietário tem de construir a barragem ou represa, ou escoadouro, pode empregar pedras ou outros materiais do bem usufruído, até onde não prejudique o usufrutuário. Se o usufrutuário faz as obras, nada impede que empregue o que não é fruto ou provento previsto ao usufruto (cp. Código Civil suíço, art. 764, 3).

c)O *dever de suportar certos encargos.* "Incumbem ao usufrutuário", diz o art. 733, II, do Código Civil: "II. Os foros, as pensões e os impostos reais devidos pela posse, ou rendimento da coisa usufruída". A responsabilidade é somente perante o dono do bem usufruído. O credor hipotecário, por exemplo, nenhuma pretensão tem, pelos juros, contra o usufrutuário (O. WARNEYER, *Koinmentar,* II, 257). Se a hipoteca já existia ao tempo da constituição do usufruto, pelos juros responde, perante o dono, o usufrutuário. Nenhuma responsabilidade tem se a hipoteca foi posterior à constituição do usufruto.

Os encargos de que cogita o art. 733, II, do Código Civil, ou são de direito público, ou de direito privado.

Os encargos públicos ordinários são os impostos e taxas, que supõem uso e fruto da propriedade, como o impOsto territorial e o predial. Se o encargo é extraordinário, como a contribuição de melhoria que só se referia ao capital ou ao valor da coisa, não acarreta com ele o usufrutuário. O impOsto de lucro imobiliário somente recai no alienante-dono, porque o usufruto

É intransmissível. Idem, o imposto de transmissão da propriedade, ainda em caso de sub-rogação, ou de desapropriação.

Se o encargo é atinente a uso e fruto, ou a fruto, ou a uso, o usufrutuário suporta-o, ainda que exceda os proventos.

Qualquer negócio jurídico ou cláusula entre o constituinte do usufruto e o usufrutuário que altere as regras do art. 733, II, do Código Civil, só tem eficácia entre eles. O Estado não é atingido se bem que as leis fiscais possam permitir a ligação do Estado mediante comunicação ou registro especial, ou, até, dar como regra a eficácia.

Os juros das rendas imobiliárias, que o usufrutuário já encontrou, são pagos por ele, sem que o credor tenha pretensão contra ele.

Quanto aos gravames posteriores <hipoteca, renda sobre imóveis), podem dono e usufrutuário constituí-los de jeito que ambos sejam obrigados, como se o dinheiro recebido do credor bibliotecário é para

aumento do prédio usufruído.

Se, tendo sido anterior ao usufruto a hipoteca, prestes a vencer-se, é renovada ou prorrogada, com juros maiores, o aumento é considerado hipoteca posterior ao usufruto.

Se o gravame havia sido, erroneamente, cancelado e o usufrutuário o ignorava, o usufrutuário não tem de pagar os interesses.

d) *Dever de fazer inventário.* Quem inventaria enumera e descreve. Inventário é declaração de enunciados de fato sobre quantidade e qualidades dos bens inventariados. Por ele, vai-se saber, à entrega do bem, ou dos bens usufruídos, ao dono, cessado o usufruto, se tudo está como fora recebido.

O inventário há de ser feito antes de se assumir o usufruto, isto é, antes da entrega da posse imediata. A necessidade dele é intuitiva, mas a lei menciona o dever e a obrigação de inventariar para que não se criem dúvidas a respeito <L. 1, § 4, D., *usufructuarius quemadmodum caveat,7,* 9): "Recte cum facient et heres et legatarius, qualis res sit, autem frui incipit legatanus, si in testatum redegerint: ut inde possit apparere, an et quatenus rem peiorem legatarius fecerit".

e) *Dever de prestar caução.* Já no direito romano se estabelecia o dever de prestar caução ao proprietário, mediante fiança ou penhor, de que usufruiria regulamente e devolveria no devido tempo o usufruto (L. 1, pr., D., *usufr"uctuarius quemadmodum caveat,* 7, 9; cf. L. 5, pr.).

Ainda se o dono da coisa a doou e se reservou o usufruto, o usufrutuário, no direito alemão, é obrigado a dar caução (MÁRTIN WoLFF, *Lehrbuch,* III, 2, § 117, nota 15). Não no direito brasileiro, porque o art. 731 do Código Civil expressa-mente diz que "não são obrigados a caução: 1. O doador que se reservar o usufruto da coisa doada". Ainda na doutrina alemã se reconhece que essa é a melhor solução, *de lege .ferenda* (cp. Código Civil suíço, art. 761, 1).

À caução o usufrutuário, no direito brasileiro, é obrigado se lha exige o dono. Havemos de interpretar que também há de prestá-la ao outorgante se o usufruto é impróprio *(quasi usufructus).* Em alguns sistemas jurídicos, a caução só é exigível se o usufrutuário, por sua conduta, dá ensejo a prejuízo reiterável ou a temer-se prejuízo.

Se o proprietário teme algum ato do usufrutuário que lhe possa causar dano, pode ir contra ele com o preceito cominatório do art. 302, XII, do Código de Processo Civil.

e) *Dever de indenizar.* O usufrutuário *a)* não pode destruir a coisa, nem *b)* lhe mudar o destino. Nem *c)* se pode exceder na percepção de frutos ou *d)* no modo de usar o bem. Em todos esses casos tem de indenizar pelo ato ilícito. Outrossim, se *c)* contravém seus deveres, como se usa irregularmente a coisa, ou não a repara, ou não a repara devidamente. A culpa é elemento necessário nas espécies *d)* e *e).* Se o usufrutuário deixa de entregar a coisa no tempo devido, responde por inadimplemento.

Quanto ao exercício normal do usufruto, têm alguns entendido que, *de iure condendo,* se devia indenizar o que o usufrutuário, com ele, diminuísse o valor do prédio *(e. g.,* GUSTAV VON SZÂSZY-SCHWARZ, Das btlrgerliche Gesetzbuch fOr Ungarn, *.fl&erings Jahrbijcher,* 68, 359 s.). Mas seria injusto, em muitos casos: por exemplo, tratando-se de usufruto de terreno em que o fruto é a exploração da pedreira. No direito brasileiro, o exercício regular do usufruto não dá dever de indenizar <Código Civil, art. 732: "O usufrutuário não é obrigado a pagar as deteriorações resultantes do exercício regular do usufruto").

f> *Dever de entregar a coisa ao terminar o «sul rido.* Responde ainda sem culpa. Todavia, se ignorava a extinção do usufruto, somente responde por deteriorações e outros danos & coisa como responderia se estivesse no exercício do usufruto.

Se o bem está sob a posse imediata de outrem, devidamente, o que o usufrutuário restitui é a posse mediata Inferior à posse mediata do dono.

Se o constituinte do usufruto não era o dono, a file, ou seu sucessor, enquanto judicialmente não se retira, judicialmente, a posse mediata àqueles, é que o usufrutuário há de entregar o bem usufruído.

Se o usufrutuário não tem a posse, por não a ter recebido, ou por ter-lhe sido tirada judicialmente, não tem dever de entrega. *Áliter,* se a perdeu por culpa sua.

O usufrutuário responde pelos danos que advenham de não ter defendido a posse, se podia fazê-lo, salvo se a defesa tinha de ser feita pelo possuidor próprio.

2. EVENTUAL DEVER DE SEGURAR. Não há obrigação de segurar, por parte do outorgante ou do outorgado do usufruto. Todavia pode o ato constitutivo prever o dever de segurar e o Código Civil estabelece, no art. 735: "Se a coisa estiver segura, incumbe ao usufrutuário pagar, durante o usufruto, as contribuições do seguro". Acrescenta-se no art.

785, § 1.0: “Se o usufrutuário fizer o seguro, ao proprietário caberá o direito dele resultante contra o segurador”. Há, porém, sub-rogação real, legal (§ 2.0: “Em qualquer hipótese, o direito do usufrutuário fica sub-rogado no valor da indenização do seguro”).

Se a coisa já estava segura, o usufrutuário tem de continuar a pagar o seguro. Se o ato constitutivo, expressa ou tacitamente, criou dever de segurar, o negócio jurídico do seguro é em nome do usufrutuário; em qualquer caso, a propriedade da indenização toca ao outorgante do usufruto, mas é, desde a prestação, gravada pelo usufruto.

Quando se presta a indenização, presta-se propriedade ao dono e usufruto ao usufrutuário. Terminado o usufruto, o usufrutuário continua obrigado ao prêmio do seguro. Pode preceitar o dono a que assuma a responsabilidade futura, notificando o segurador, mas, se aquele não a assume, só lhe toca levar por diante o preceito. Se o seguro fora feito antes do usufruto, a responsabilidade é do dono; e a obrigação do usufrutuário só é perante ele e cessa com a extinção do usufruto (J. GIERKE, Der Versicherungsvertrag beim Niessbrauch, .*Therings Jahrb&her,* 40, 894).

O usufrutuário não pode segurar o bem *em nome do dono,* e toda noção de representação seria atécnica (KoNRÁD HELLWIG, *Die Vertrdge auf Leistung an Dritte,* 553; LENNÉ, *Das Versicher-angsgesohaft fUr fremde Rechnung,* 60; G. PLANCK, *Kommentar,* III, 2, 4.~ ed., 626; sem razão, J. GIERKE, Der Versicherungsvertrag beim Niessbrauch, *Jherings JahrUtcher,* 40, 890 s.). Ou continua de pagar o seguro, que o dono fêz, ou outro, por ele, ou faz o seguro em nome próprio e por conta do dono.

O art. 785 e seus §§ 1.0 e 2.0 são de natureza dispositiva (J. BIEEMANN, *Sackenrecht,* 345).

A quantia paga tem a finalidade de reconstituição do bem sinistrado, ou de prover à sub-rogação, a libíto do dono e do usufrutuário, salvo se a sub-rogação é exigida por lei. Se a sub-rogação ou reconstituição não é exigida, por lei, o dinheiro, depositado, fica em estado de domínio e usufruto, até que os interessados lhe dêem destino.

## 3.MODIFICAÇÕES E ELIMINAÇÕES DE DEVERES E OBRIGAÇÕES.

Os deveres e obrigações, de que se falou, podem ser alterados ou pré excluídos por negócio jurídico, mas somente entre os figurantes ou em relação ao declarante. Tais negócios jurídicos, unilaterais ou bilaterais,

não têm eficácia contra proprietário posterior ao que concluiu o contrato, salvo se, concernentes ao conteúdo do usufruto, constam do titulo constitutivo inscrito (eficácia real). A respeito de alguns deveres, não há abrir-se mão das pretensões que lhes correspondem. Não seria possível pré-eliminar-se o dever de não destruir a coisa, salvo se incide o art. 726 do Código Civil. O dever de indenizar pelo excesso pode ser restringido, para o caso de não haver dolo. Bem assim, o de prover às despesas ordinárias de conservação e ao seguro e o de prestar caução. Também é admissível que se agravem os deveres do usufrutuário, mas a eficácia não é real.

4.CONSTITUINTE DE USUFRUTO NÃO-DONO. Se o usufrutuário ignora que o constituinte não é o proprietário, mas adquiriu o usufruto segundo os princípios e foram satisfeitas as exigências legais, libera-se pagando o que deve ao proprietário se o faz ao constituinte do usufruto, ou seu sucessor.

Se o não-dono, constituinte ou sucessor do constituinte, move ação de indenização contra o usufrutuário e a perde, o usufrutuário tem exceção de coisa julgada contra o proprietário.

§ 2.277. Dever de Conservação

1.QUANDO NASCE O DEVER DE CONSERVação. Tem dever de conservar quem já recebeu o bem. Quem ainda não o recebeu não tem dever de conservá-lo. Por outro lado, nas espécies do art. 726 do Código Civil, não há dever de conservação, porque ao usufrutuário corre, apenas, o de restituir o *tantundem.* Os deveres de respeitar a coisa são deveres de qualquer pessoa, inclusive os terceiros. O usufrutuário que tem a posse imediata dos bens tem de conservá-los. O direito dele é, por definição, *direito real limitado.* Não pode deixar que se deteriorem os bens, nem que précluam os direitos, pretensões e ações, nem que prescrevam as pretensões. Se terceiro ofende o direito de domínio, tem de comunicar o ocorrido ao dono, se êsse o ignora. Se a ofensa é à posse imediata e implica negação ou violação da posse própria, tem de defender a sua posse e avisar o dono, titular da posse própria. Se alguém procede de modo que, futuramente, o titular do domínio possa Vir a ter prejuízo, corre-lhe o mesmo dever de comunicação, ou de propositura da ação, se a ofensa é, também, ao uso e à fruição, ou àquele, ou a essa.

2. CONTEÚDO DO DEVER DE CONSERVação. 9 art. 733, 17, do

Código Civil diz que incumbem ao usufrutuário as despesas ordinárias de conservação dos bens "no estado em que os recebeu". No art. 734, enuncia~se que as despesas extraordinárias < não-módicas) têm de ser a cargo do dono, mas como inversão, de modo que, se o rendimento do bem aumenta, o usufrutuário há de pagar juros sobre o capital invertido. No art.

732 já se estatuira que o usufrutuário não é obrigado a indenizar o que sofreu o bem com o exercício *regular* do usufruto <cp. art. 160, 1, 2. parte).

Diz o art. 733 do Código Civil: "Incumbem ao usufrutuário: 17. As despesas ordinárias de conservação dos bens no estado em que os recebeu. II. Os foros, as pensões e os impostos reais devidos pela posse, ou rendimento da coisa usufruída".

II 2.276-2.288. DEVERES DO USUFRUTUÁRIO Ainda prevê o art. 734: "Incumbem ao dono as reparações extraordinárias e as que não forem de custo módico; mas o usufrutuário lhe pagará os juros do capital despendido com as que forem necessárias à conservação, ou aumentarem o rendimento da coisa usufruída".

Acrescenta o parágrafo único do art. 734:"Não se consideram módicas as despesas superiores a dois terços do líquido rendimento em um ano".

3.MUDANÇAS, NA COISA USUFRUÍDA. O usufrutuário pode mudar a coisa em tudo que lhe não atinja a destinação econômica, estética ou histórica, nem, *a fortiori,* a destrua. Se há jardim no terreno, não pode torná-

lo horta (L. 13, § 4, D., *de usu fruetu et quemadriwdum quis utatur fruatur, 7,* 1). Mas, se é rústico o prédio e não impede a sua exploração, pode abrir estradas de passeio, construir casa de recreio, preparar quadra de tênis e fazer obras voluptuárias (cf. C. O. VON MADAI. *Reitrttge zur Dogmengeschichte,* 92-188).

§ 2.278. Dever de comunicação

1.NASCIMENTO DO DEVER DE COMUNICação. O dever de comunicação quanto a tudo que acontece, prejudicial ou suscetível de

prejudicar o domínio, tem de ser comunicado ao dono. Nasce no momento em que o usufrutuário tem ciência. Não se exige que a posse imediata esteja com o usufrutuário, porque, ainda se terceiro administra, o usufrutuário pode receber informações que o dono não recebeu.

2.CONTEÚDO DO QUE SE COMUNICA. Já se tratou do dever de comunicação e já se deram, a respeito do dever de conservação, alguns exemplos de avisos que incumbem ao usufrutuário.

## § 2.279. Dever de indenizar

1.FONTES DO DEVER E OBRIGação DE INDENIZAR. A obrigação de indenização pode provir de ato ilícito absoluto, de que qualquer pessoa poderia ser devedor, ou de ato ilícito absoluto que só o usufrutuário poderia praticar. De qualquer maneira, responde o usufrutuário.

2. COM CULPA E SEM CULPA. Se, para a responsabilidade, é preciso que tenha havido *culpa* do usufrutuário, ou se não é pressuposto a culpa, depende de se analisar a fonte de responsabilidade. Se é de invocar-se o art. 159 ou, a *contrario sensu,* o art. 160 do Código Civil, há de haver culpa, para que se crie a obrigação de indenizar. Se, em vez de tais regras jurídicas, há outras, especiais, que incidem, como as que se referem ao mau uso da propriedade (Tomo II, § 162), à ofensa ao direito de propriedade ou esbulho (Tomo II, §

203, 2, 3, e 218), há responsabilidade, ainda sem culpa. Se o usufrutuário não segurou a coisa, que estava segurada (Código Civil, art. 735), responde ainda sem culpa, se bem que se exija a culpa para ser aplicável o art. 737, l.~ alínea. Se o usufrutuário tem de indenizar sem culpa, não se extingue o usufruto; extingue-se, culposamente, se aliena, deteriora, ou deixa que se arruinem bens ou bem, que devia conservar (art. 739, VII).

## § 2.280. Dever de despesas e encargos

1.ENCARGOS DO USO E DA FRUIÇÃO. Há prestações que incumbem ao nu proprietário e ao usufrutuário por serem, respectivamente, dono e usufrutuário. Donde terem-se de distinguir o que há de ser solvido pelo dono e o que toca ao usufrutuário. Não se trata de deveres do

usufrutuário perante o dono, nem do dono perante o usufrutuário; mas perante terceiros. Às regras jurídicas, a respeito desses encargos, repartem a subjetividade passiva (encargos que cabem ao dono, encargos que vão ao usufrutuário).

Pode tratar-se de direito real limitado que grave o bem usufruído; pode tratar-se de impOsto ou taxa cuja causa esteja no domínio, ou no uso e fruição; pode tratar-se de impOsto sobre lucro imobiliário, ou sobre lucro de uso ou de fruto.

Quando a lei faz a ligação ao domínio, e não ao uso ou à fruição, têm o dever e a obrigação os donos dos bens; quando a faz ao usar e ao fruir, ou só ao fruir *(e.* g., sobre alugueres), cabem ao usufrutuário. Nas relações entre dono e usufrutuário pode isso ser disposto diversamente, mas a cláusula ou pacto não tem eficácia para mudar o sujeito passivo da dívida de direito público, nem na tem, de ordinário, para tal substituição se a divida é de direito privado.

2.RELação JURÍDICA ENTRE DONO E USUFRUTUÁRIO. A relação jurídica entre dono e usufrutuário, no tocante à solução de dividas concernentes ao bem, tem o conteúdo da relação jurídica entre o credor e o titular do direito real dominical ou limitado. Se há discordância entre a atribuição interna e a atribuIção externa, quem é externamente obrigado tem de pagar e, pagando, libera o devedor e faz-se credor do quanto desembolsado.

De ordinário, por incidência do art. 733, 17, do Código Civil, os foros, as pensões e os tributos reais devidos pela posse ou rendimento da coisa usufruída incumbem ao usufrutuário. O terceiro credor somente tem ação contra quem é, pela lei ou pelo negócio jurídico, devedor.

Quanto às dívidas resultantes de atos que o usufrutuário, ou o dono, pratica, em virtude de dever de reparação, ou de custódia, ou de seguro, perante o dono, ou o usufrutuário, assume-as quem as contraiu, embora por conta de outrem. Se, no prover à custódia, à administração, ou à reparação, o usufrutuário, ou o dono, empregou materiais ou serviços de terceiro, responde quem os empregou, sem se ter de apurar a quem caberia o encargo.

Salvo acordo entre os interessados, de ordem pessoal.

Nas relações jurídicas internas, se o usufrutuário não tem a posse e a administração e o dono ou terceiro administrador faz despesas, ou contrai dívidas perante terceiros, o administrador *é* que se obriga, mas o que desembolse é por conta do usufrutuário, se tais despesas,

quando posse e administração tivesse, teriam de ser feitas por ele ou por ele assumidas as dividas.

3.TRIBUTOS E CONTRIBUIÇÕES FISCAIS. Os impostos e taxas reais têm de ser distribuídos conforme recaem sobre o capital ou sobre o uso e fruto. Os impostos e taxas pessoais ficam fora de qualquer consideração em matéria de usufruto e deveres do dono ou do usufrutuário do bem. O art. 733, II, do Código Civil somente alude, como devidos pelo usufrutuário os "impostos reais devidos pela posse". Portanto, aos impostos reais devidos pelo uso e fruto do bem. Uso ou usabilidade, fruição ou desfrutabilidade. Os impostos reais sobre o patrimônio ou sobre o capital são a cargo do dono. O art. 733, II, somente fala de impostos, mas havemos de entender impostos, taxas e contribuições.

O Poder Legislativo é que pode determinar o conteúdo dos impostos, taxas e contribuições. Determinando que o sujeito passivo é o dono, ou o usufrutuário, classificou o tributo e distribuiu a subjetividade passiva. Os impostos, tributos e contribuições atinentes ao capital são menos freqüentes. Livremo-nos, porém, de considerar *reais dominicais* todos os que levam em conta o valor do bem e *reais* todos os que tomam por base a renda.

Pode tratar-se de simples critério para avaliação, ali, do usufruto, e, aqui, do capital.

4.ENCARGOS PERIÓDICOS DE DIREITO PRIVADO. A lei fala de foros e pensões. Foros são as pensões enfitêuticas. O usufrutuário tem de pagá-las, quer se trate de constituição de usufruto pelo dono do prédio, A < a B, a enfiteuse; a C, o usufruto), quer se trate de constituição de usufruto pelo enfiteuta, B (a C, o usufruto).

Pensões enfitêuticas só a enfiteuta se pagam e há de pagá-las quem tem direito real limitado que compreenda uso e fruto, ou só uso, ou só fruto. Os alugueres e outros interesses que se tem de prestar por estar no bem ou no patrimônio usufruído bem alheio, a respeito do qual haja uso ou fruição, são pagos pelo usufrutuário.

Se o dono do prédio adquiriu servidão, mas paga anualidade, a qualquer título, conforme o ato constitutivo registrado, pesa sobre o usufrutuário cada prestação. *Aliter,* se, antes do ato constitutivo do usufruto, a adquiriu o dono do prédio sem que as prestações tenham caráter real (= não se transferem ao adquirente do prédio), ou se

foram assumidas as obrigações como preço da servidão, mas, nesse caso, deve o usufrutuário os juros. Se o usufrutuário solve essas prestações, tem direito e pretensão ao reembOlso, ao cessar o usufruto, sem os ter quanto aos interesses.

As rendas fundiárias ou sobre imóvel (Código Civil, art. 749-754) que foram prometidas e gravam o bem usufruído, como elemento do preço do imóvel, são rendas que ao capital se computam. O usufrutuário tem de pagá-las, porque o usufruto foi sobre o bem, detrato o direito real de renda imobiliária. Se o dono adquiriu o prédio por ter, legalmente, ou por obrigação oriunda de negócio jurídico, de adquiri-lo de uma vez, mas contraiu a divida de renda fundiária por não poder ou não lhe convir, no momento, desembolsar todo o preço, e o usufruto haveria de ser do prédio livre, o usufrutuário nada tem de prestar, salvo se algo diferente se inseriu no ato constitutivo.

Quando o usufrutuário deve as prestações periódicas, só se entende serem as prestações que se vencerem durante o usufruto. Respeito às que se venceram antes do ato constitutivo, se o usufrutuário as paga, talvez para evitar a execução forçada do bem usufruído, tem ele ação contra o dono > imediatamente.

Se o bem usufruído é *nullius,* pelo que pague em lugar do dono tem o usufrutuário ação, em que se citem, por edital, os interessados, e a execução forçada sobre o domínio.

Se o bem imóvel foi abandonado <Código Civil, art. 589, III e § 2.0), é de citar-se, precipuamente, o curador (cf. Tomo XIV, § 1.605 e 1.606).

As obras que são feitas pelo Estado, ou por empresas particulares, para melhoria das ruas, serviços de água, luz e força, irrigação, com quotas por prédios, não correm, a *priori,* por conta do dono, nem do usufrutuário. As soluções que têm sido propostas, rigidamente, são injustas, *de lege ferenda* e *de lege Lata.* Se elas valorizam o prédio e incrementam o rendimento ou o uso dele, há de o dono assumi-las e haver do usufrutuário os juros do capital, invocado, por analogia, o art. 734, 2ª parte, do Código Civil. Se não valorizam o prédio e apenas são de maior utilidade para o usufrutuário, a êsse tocam as contribuições. Se não valorizam o prédio, nem aumentam o rendimento, deve-as quem as assumiu, espontaneamente; ou o usufrutuário, se impostas por lei.

Lê-se no Código Civil, art. 763: “Se o usufruto recair em coisa singular, ou parte dela, só responderá o usufrutuário pelo juro da dívida, que

ela garantir, quando êsse ônus for expresso no título respectivo. Se recair num patrimônio, ou parte deste, será o usufrutuário obrigado aos juros da divida que onerar o patrimônio ou a parte dele, sobre que recaia o usufruto".

O art. 736 atende ao *principio da prioridade.* Se a coisa estava empenhada ou hipotecada, o usufruto somente garante os juros da divida, se o gravame consta do titulo, ou se precedeu ao titulo no registro respectivo. Dá-se o mesmo em se tratando de usufruto sobre patrimônio: o usufrutuário somente responde pelos juros da divida se essa é anterior, com efeito quanto a ele, ou se, posterior, consta de titulo em que o usufrutuário *consentiu* na assunção da obrigação. Ocorre o mesmo se a obrigação é de quota nos juros, por ser sobre parte do patrimônio o usufruto.

5.MELHORAMENTOS E AUMENTOS AOS BENS USUFRUÍDOS. O dono não pode, de ordinário, melhorar ou aumentar a coisa em usufruto, pois turbaria a posse imediata ou uso e a fruição por parte do usufrutuário. Se não há tal turbação, se o usufrutuário consente (não se diga, ai, assente, porque se supõe incursão em esfera jurídica alheia), o que despenda o dono do bem usufruído é por sua conta e nada pode cobrar ao usufrutuário. Salvo se, fazendo reparações, que lhe incumbem, o dono incrementa o rendimento do bem usufruído, e incide o art. 734, 2.8 parte, do Código Civil "mas o usufrutuário lhe pagará os juros do capital despendido com as que forem necessárias à conservação, ou aumentarem o rendimento da coisa usufruída".

Para que o usufrutuário assuma a responsabilidade por despesas com melhoramentos e acréscimos, no todo, ou em parte, ou respeito aos juros, ou outras prestações, é preciso que assuma dever e obrigação. Consentir em melhoramento ou acréscimo, que o dono entende fazer, não é consentir na assunção de dividas.

Os melhoramentos e aumentos que são obra do usufrutuário, sem a eles ser obrigado, correm por conta dele, tão-só, e têm de atender à destinação da coisa, econômica, estética e historicamente. Não precisa, para isso, de permissão do dono, sem que lhe assista direito a indenização, se subsistem ao tempo da restituição. Não seria de invocar-se o art. 516 do Código Civil, atinente a possuidores que não têm deveres e direitos de usufruto.

6. DESPESAS JUDICIAIS. Se o dono ou o usufrutuário faz despesas na propositura e andamento de ações, ou na defesa em juízo dos direitos

que lhe tocam, não há pensar-se em distribuição delas, nem, *a fortiori,* em que pesem ao outro. O usufrutuário nada tem, por exemplo, com as despesas que fêz o dono com ação reivindicatória, ou vendicatoria da posse, ou possessória, em que o direito do usufrutuário, ou a sua posse, não estava em causa. Se estava em causa, tinha de ser citado, como litisconsorte, e então proveria ao pagamento das despesas que lhe fessem atribuídas. São, por exemplo, lides de ambos: a) a ação reivindicatória em que se pedem domínio, posse, uso e fruição; l O a ação possessória em que se abstrai de haver usufruto e se pede posse própria imediata, ou posse própria e posse imprópria que reputa sua o usufrutuário; *c>* a *actio negatoria servitutia; d)* a *actio confessoria servitutis; e)* a ação concernente a enfiteuse em que se nega o usufruto; 1) as ações concernentes aos direitos de vizinhança e outros direitos limitativos; *g)* as ações que nascem de comunhão de parede ou muro (comunhão *pro indiviso* ou pro *diviso,* não importa>; À) as ações em que terceiro atribua ao dono (ou ao usufrutuário) o sujeito passivo de alguma dívida, cabendo ao usufrutuário (ou ao dono) quota ou responsabilidade por interesses; *i)* as ações em que se alegue ter o ato constitutivo alterado regra jurídica dispositiva, ou em que se invoque regra jurídica interpretativa em que a posição jurídica do outro se modifique.

Se somente funcionou um dos litisconsortes <o dono ou o usufrutuário), entendem alguns que se tem, previamente, de verificar se a decisão foi desfavorável, ou não, devendo haver repartição de despesas apenas se a decisão foi favorável ao litisconsorte não-presente à lide *(e. g., 3.* B. V. PRouDHoN, *TraiU des Droits d*‟

*Usufruit, d*‟ *Usage, d*‟*Habitation et de Super ficie,* III, 563 5.; AUBRY e RAU, *Cotas de Droit civil français,* 6.‟ ed., II, 680; E. PACIFICI-MAZZONI, *Codice Civile italiano* commentato, 1, 568; D. BARnERO, *L*‟*Usufrutto e i diritti affini,* 367 s.), mas G. VENEZIAN (Dell‟Usufrutto, dell‟Uso e dell‟Abitazione, *II Diritto chile italiano* de P. FíoaE, II, 2.‟ ed., 652 5.> repeliu a distinção.

Primeiramente, observemos que a decisão, se à ação esteve presente o dono, e não esteve o usufrutuário, ou esteve presente o usufrutuário, e não o dono, não pode ser prejudicial ao usufrutuário, se o seu direito tinha eficácia *erga. omnes.* Para atingi-lo teria de fazer, contra ele, coisa julgada.

Se a sentença foi totalmente favorável ao dono, por certo o foi ao usufrutuário, de modo que ao usufrutuário aproveita a coisa julgada material a favor do dono. Por que então o dono não chamou a juízo, como seu litisconsorte, o usufrutuário? Se havia algum óbice, ou

urgência, por que o autor ou réu não pediu caução *de rato*?

Se comparecem os dois interessados, as despesas têm de ser divididas, se não as fêz cada um, separadamente. O

art. 60 do Código de Processo Civil não pode ser invocado, porquanto não há comunhão entre dono e usufrutuário. Â proporção teria de ser em relação ao *interesse* de cada um. Ã soma dos valores do domínio e do usufruto é a quantia que daria, aos juros legais, os proventos de usufruto cada ano. Valor do usufruto não é a soma dos proventos durante o tempo que poderia, presumível-mente, viver o usufrutuário, pessoa fisica, ou do que perceberia a pessoa jurídica nos anos que restariam (cem anos *menos* o que já decorreu>, mas a quantia que, dando esses proventos durante o tempo a que nos referimos, se esgotaria.

Se, a despeito do interesse do dono, o usufrutuário não o tem *(e. g.,* se a servidão, que se lhes nega, não aproveitaria ao usufrutuário, devido à destinação atual do prédio>, não há pensar-se em ter quota em despesas o usufrutuário, que se exime de intervir no processo.

Na ação de que resultaria ser evicto o usufrutuário, as despesas correm por conta do constituinte ou seus herdeiros.

## § 2.281. Inventário

1. DEVER DE INVENTARIAR. Já dissemos que o usufrutuário tem dever de inventariar. Sem cumprir a obrigação de inventariar, o usufrutuário não pode exigir a entrega do bem ou dos bens em usufruto. Se o dono do bem ou dos bens usufruídos os prestou antes de ser feito o inventário, continua com direito a inventariação à custa do usufrutuário. O art. 729 do Código Civil apenas faz claro o momento em que começa a *obrigação* de inventariar, funcionando a recusa da entrega do bem ou dos bens pelo dono como *excepto* o disponível ao usufrutuário.

Se o usufrutuário já recebeu o bem ou os bens, ou já se achava com ele a posse imediata, ou lha deu, antes de inventário, o dono do bem, ou dos bens. Ã exceção não mais pode ser oposta; o dever de inventariar persiste. O

usufrutuário pode ser chamado a juízo para inventariar, em *apto de inventariação coativa,* ou como preparatória da *apto de caução pelo usufrutuário.* A ação de preceito cominatório também pode ser

exercida <Código de Processo Civil, art. 302, XII>.

2.INVENTÁRIO EXTRA JUDICIAL E INVENTÁRIO JUDICIAL. O inventário, se o usufruto foi constituído entre vivos, pode ser extrajudicial. Se a constituição foi a causa de morte, incide o art. 465 do Código de Processo Civil, que faz cogente a regra jurídica da judicialidade do inventário ainda que, na espécie, não tenha de ser judicial a partilha. O art. 465 foi explícito:

"O inventário será judicial, ainda que todos os herdeiros sejam capazes O constituinte pode inserir no ato de constituição do usufruto que o inventário seja judicial. Se o não disse, a forma judicial é de exigir-se se há divergência quanto à quantidade ou quanto à qualidade dos bens, inclusive quanto a seu estado de conservação.

Se extrajudicial o inventário, tem o usufrutuário o dever de comunicar que vai iniciá-lo. Se o dono, avisado, não comparece, o inventário faz prova contra ele, mas o dono pode propor ação de nulidade ou de anulação, porque tais ações apanham os atos jurídicos *stricto sensus.* A própria ação de fraude contra credores é intentável.

O inventário judicial dos bens usufruídos, êsse, e rescindível" segundo o art. 800, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

3.INVENTARIO JUDICIAL. O inventário judicial pode ser pedido pelo usufrutuário ou pelo dono, se aquele não se prontifica a fazê-lo, ou se, na espécie, é obrigatório. Competente é, *a)* para os usufrutos a causa de morte, o juiz do domicilio do decujo (Código de Processo Civil, art. 135), ou do último domicilio no Brasil, se a morte ocorreu no estrangeiro (art. 135, § 1.0>, ou, se não havia domicilio certo, segundo o art. 135, § 2.0; *b)* para os usufrutos constituídos entre vivos, o juiz do lugar da situação, se imóveis os bens usufruídos (art. 136), ou o do lugar em que estavam os bens à data da constituição do usufruto.

Tem de ser feita a avaliação.

4.EFICÁCIA DO INVENTÁRIO. A eficácia do inventário, quer extrajudicial quer judicial, é *declarativa-constitutiva.* As declarações relativas aos bens, que se fazem no inventário, são enunciados, e o ato jurídico *stricto sensus* é comunicação de fato, de conhecimento de

fatos. A prova, que se constitui, é o efeito constitutivo, secundário, relativa ao documento, que é pertença do ato jurídico stricto *sensus.* O inventário, em si, não é, de modo nenhum, negócio jurídico, se bem que tal o considerem juristas pouco aprofundados em classificação dos fatos jurídicos.

É preciso, porém, que se não confundam o inventário e a *promessa do usufrutuário de entregar os bens em tal e qual estado.* Aqui, sim, há negócio jurídico. Pode dar-se, também, que se conclua *negócio jurídico declarativo,* como se o usufrutuário já recebeu os bens consumíveis sem os inventariar e os interessados preferem o jurídico declarativo. Todos esses negócios jurídicos podem ser julgados nulos ou anulados segundo os princípios comuns.

O ato de inventário, unilateral, pode nada ter de negócio jurídico, e apenas consistir em algo que se assemelha ou se identifica com o *recibo* em que se mencionem as quantidades e qualidades (Tomo II, § 233, 1).

Se algum ato jurídico, concernente a dimensões, quantidade e qualidade precede à feitura do inventário, ou foi previsto por ele, e se levou a cabo, faz parte do inventário *(e. g.,* demarcações, pesagens, verificações por peritos, avaliações).

5.PRÉ-EXCLUSÃO DA OBRIGação DE INVENTARIAR. O ato constitutivo pode pré-excluir a obrigação de inventariar. Já o dono, ao ser pedido o objeto do usufruto, não pode excepcionar com alegação da falta do inventário. A pretensão a que o usufrutuário inventarie, à sua custa, ainda não surgiu, e não surge. Mas atos *posteriores* do usufrutuário podem determinar o nascimento da pretensão, porque existe o dever de inventariar, sem o qual não se saberia o que se gravou de usufruto.

6. FALTA DE INVENTÁRIO. A conseqüência da falta de inventário merece exposição à parte. Sem o inventário, ou sem a caução, o usufrutuário não recebe a posse imediata, se o ato constitutivo não dispôs diversamente. O usufrutuário adquiriu o direito e a posse mediata, se o dono a tinha. O dono, até à entrega dos bens, com inventário ou sem ele, com ou sem caução, tem a posse própria mediata e a posse imediata, sendo intercalar a posse mediata do usufrutuário. Se não lha deu o dono, tem o usufrutuário a ação para havê-la.

O usufrutuário tem direito a usar e fruir desde a constituição do

usufruto. Se o dono lho nega ofende-lhe a posse mediata. Se lhe nega a posse mediata, tem ele a ação de imissão na posse mediata. Por falta de inventário, ou de caução, o usufrutuário não perde o direito de usar e fruir. É absurdo pretender-se que só tem direito aos frutos civis. Se o nu proprietário desfruta o bem, não administra só, está a fazer-se devedor de frutos. Se usa algum bem, que tem valor de uso, não administra só, faz-se devedor pelo uso. Não se precisa da figura da locação; nem há, aí, locação, salvo se foi acordado que, enquanto não entregasse a posse imediata, o dono usaria ou fruiria os bens, alguns ou algum bem. Administrador não frui nem usa.

A responsabilidade do dono, antes de assumir a administração dos bens em virtude do art. 730 do Código Civil, é similar à do alienante do bem enquanto não entrega o que teria de entregar no dia da alienação, porém deixou de entregar sem mora (Código Civil, arte. 869, 870, 865, 2.B parte, 871-873, excluído o parágrafo único do art.

873).

Têm interesse na entrega e, pois, em que se faça o inventário, tanto o usufrutuário quanto o dono.

Procurou-se afirmar que, se o usufrutuário se negou a fazer inventário, a despeito de já ter recebido a coisa, pode reivindicá-lo o dono, ou obter seqüestro *(3.* B. V. PRoUDHON, *TraiU des Dro-ita d‟Usufruit, d‟Usage et d‟Habitation et de Super lide,* II, 279; G. VENEZIAN, Dell‟Usufrutto, dell‟Uso e dell‟Abitazione, *II Diritto civile italiano* de P. Fíon e B. BRUGI, V, li, 39). Tudo isso abusa dos princípios, hoje; e falar-se-á do assunto ao se cogitar da caução.

## § 2.282. Caução prestada pelo usufrutuário

1.POSSE E ADMINISTRação. Lê-se no Código Civil, art. 718: “O usufrutuário tem direito à posse, uso, administração e percepção dos frutos”. O usufrutuário, conforme já expusemos, tem direito à posse. Essa posse é imediata e então o usufrutuário administra o bem usufruído, ou os bens usufruídos, ou o patrimônio, ou não recebeu a posse imediata, mas tão. só a imediata, mas lhe cabe administrar. O usufrutuário tem o dever de prestar caução; se não a presta, perde a administração. Mas, no direito brasileiro, o dever de prestar caução não surge se o dono do bem usufruído não a exigiu. Portanto, há pretensão do dono do bem usufruído, contra o usufrutuário, a prestação da caução. Exigida, ou êsse a presta, ou perde a administração. Quem perde a administração perde a posse imediata.

Outros sistemas jurídicos prevêem diferentes soluções conforme a natureza dos bens; o direito brasileiro, não. Ou administra o bem usufruído, ou os bens usufruídos, ou o patrimônio usufruído o usufrutuário, ou a administração vai ao dono do bem, dos bens ou do patrimônio. Mas, se o dono do bem, dos bens ou do patrimônio não pode ou não quer tomar a si a administração, tem-se de adotar uma das duas soluções: ou acordam ele e usufrutuário em que terceiro a exerça, prestando, ou não, garantia; ou o juiz tem de nomear alguém que administre, após o pedido de qualquer dos dois interessados, ou de ambos.

No sistema jurídico brasileiro, não há regra jurídica que vede aos testadores dispensar a prestação de caução (=

pré-eliminar a pretensão à caução usufrutuária, usuária ou de habitação). Quanto ao direito romano, diferentemente, F. ScH6-MANN *(Handbuch des Civilrechts,* 1, 348) e Th. C. KRETSCHMANN *(Kleine Abhandiungen,* 1, n. 13). Quanto à dispensa no ato constitutivo entre vivos, a doutrina, provâvelmente desde *3.*

VOET *(Commentarius ad Pandectas,* 1, 392 s.), passando *à* legislação (Código Civil francês, art. 601), assentou a dispositividade da regra jurídica sobre exigência de caução. Se não se dispensou a caução, entende-se exigida, e não cabem presunções.

A caução a que se refere o art. 729 do Código Civil é caução que pode ser exigida por ter pretensão a ela o nu proprietário. Ainda quando se haja dispensado, tem o nu proprietário, nas espécies do art. 675 do Código de Processo Civil, a pretensão à caução cautelar do art. 676, IV. E isso fora esclarecido, com toda a pertinência, há quase dois séculos, por C. A. TITTEL *(Diss. de Fructibus ab usufructuario ante praestitam cautionem acquirendis,* 7).

2.NATUREZA E FINALIDADE DA CAUÇÃO. Exigida a caução, torna-se ela condição da administração, e não do uso e da fruição. Há dever de caucionar; a perda da administração é a sanção. Não se trata, portanto, de ato livre, interpretação inaceitável de alguns juristas italianos *(e. g.,* E. NÃOoLÕ, Dell‟Usufrutto, dell‟Uso e dell‟Abitazione, *Commentario* de M. d‟AMELIO, III, 664 s.; F. DE MARTINO, Dell‟Usufrutto, dell‟Uso e dell‟Abitazione, *Commentario dei Codice civile* de A. SOLALOJA e *G.* BLêNCA, III, 216; D. BARBERO, *L‟Usufrutto e i diritti ai fiM,* 289), não pelas razões que dá G. PUGLIESE (Usufrutto, Uso-Abitazione, *Trattato di Diritto civile italiano* de F.

VASSALI, IV, *5,* 426), mas porque, tendo direito à posse imediata e à administração o usufrutuário, somente pode perdê-la ou deixar de tê-la se sanção há para que isso se dê. As legislações poderiam ter concebido a não-posse e não-administração pelo usufrutuário sem o dever de caucionar se o usufruto não desse direito à posse imediata e à administração e o usufrutuário pudesse pedi-las caucionando. Nem teórica nem historicamente foi o que ocorreu: definiu-se o conteúdo do direito de usufruto como contendo o direito de posse imediata ou mediata, e de administração, com a possível perda *do direito* se, exigida a caução, não a presta o usufrutuário.

Se o usufruto recai em bens consumíveis (Código Civil, art. 726), há a mesma pretensão à caução que a respeito dos bens inconsumíveis. Se o usufrutuário não presta a caução, os bens não lhe são entregues, e a solução técnica é a inversão do dinheiro ou do preço dos bens consumíveis em bens inconsumíveis, sendo mais aconselhável e freqüente a compra de títulos ou o mútuo, com ou sem garantia real. Se os interessados, dono do bem usufruído e usufrutuário, se põem de acordo quanto à espécie e modalidades da inversão, facilmente se obvia à falta da caução. Se, em vez disso, discordam, tem-se de judicialmente obter a inversão, em ação de regulação do exercício do usufruto. Nem o usufrutuário pode pretender que o seu alvitre seja o melhor nem o dono do bem ou dos bens usufruídos tem poder para reter, sem solução adequada, o que teria de ser entregue ao usufrutuário, se houvesse protesto a caução, nem para resolver, a seu líbito, quanto à espécie de emprego do capital.

Se o usufruto é sobre títulos de crédito e a caução foi exigida, o que se entende seja, tem ela a função de evitar que o usufrutuário receba o capital e o gaste. Tratando-se de títulos ao portador, o risco começa desde a entrega.

A conversão em títulos nominativos, com a necessárias indicações registradas de domínio e de usufruto, evita que se alienem facilmente, e as precauções somente se referem ao vencimento, se são de crédito os títulos.

Os bens deterioráveis têm de ser vendidos e invertido o preço. O dono não os pode reter se exige a caução e o usufrutuário não a presta. Ao usufrutuário é dado exigir a venda imediata. Se o usufrutuário se prontifica a prestar a caução, o preço pode ser-lhe entregue, compondo-se a figura do usufruto impróprio (Código Civil, art.

726 > .

Se há co-usufrutuário, a caução tem de ser prestada na proporção dos quinhões, mas qualquer deles pode prestar pelos outros. Se há condomínio, há de prestar-se a cada condômino, com base nas quotas (L. 13, pr., D., *de usu fruetu et quemadmodum quis utatur fruatur,* 7, 1; L. 9, § *4,* D., *usufructuarius quemadmodum caveat,* 7, *9)*.

3.ESPÉCIE DA CAUÇÃO A SER PRESTADA. A "caução suficiente", referida no art. 730, é a caução em bens, ou a fiança. Caução em dinheiro, em penhor, ou em hipoteca. O fiador há de ser capaz, idôneo, isto é, com bens suficientes para cobrir de muito a garantia, domiciliado no lugar em que o é o usufrutuário, que é o devedor. A garantia real pode ser prestada pelo usufrutuário, ou por terceiro, convindo que sejam os bens imóveis situados no domicílio do usufrutuário. Prestada como penhor a caução do usufrutuário, há de constar de depósito em estabelecimento que ofereça segurança, posto que, no direito brasileiro, não haja todos os inconvenientes daqueles sistemas jurídicos em que há a regra jurídica geral da transmissão da propriedade ao possuidor de boa fé.

4.SUPERVENIENTE INSUFICIÊNCIA DA CAUÇÃO PRESTADA. Se a caução se torna insuficiente, ou se, prestada com fiança, o fiador se faz insolvente, tem o dono do bem, dos bens ou do patrimônio em usufruto pretensão a que a substitua, com os pressupostos de suficiência. A inflação monetária dá ensejo, por vêzes, a que o que foi caucionado não baste. Por outro lado, incrementos ao objeto do usufruto podem determinar a desproporcionalidade entre o que se há de garantir e a caução dada.

A garantia é divisível. Pode ser parte em fiança e parte em garantia real ou em garantias reais (penhor e hipoteca), seja ou não divisível o objeto do usufruto.

5.PLURALIDADE DE USUFRUTUÁRIOS E CAUÇÃO. Se há pluralidade de usufrutuários, cada um presta a caução relativa à sua quota na comunhão, de jeito que obtenha a administração, com a composse imediata, sobre o bem, conforme a parte ideal que lhe cabe. Nada obsta a que a caução suficiente seja uma só para todos os usufrutuários, ou para alguns. Se um só ou se só alguns a dão por todos, ou alguns, há ação de regresso pelo que sofrerem de prejuízo.

A caução é a favor de quem, no momento, for o dono do objeto ou dos objetos do usufruto, ou, sendo o caso, ao enfiteuta. Se ocorre propriedade resolúvel, *e. g.,* fideicomisso, a garantia é ao fiduciário,

porque ao fideicomissário responde o fiduciário, a quem pode exigir caução <Código Civil, art. 1.734, parágrafo único).

Não se pensava assim em direito romano <PAULO, L. 8, D., *usufructuarius quemadmodum caveat, „7, 9,* que revela a discordância entre os juristas, cf. MECIANO, L. 9, D., *si cui pita, quam per legem Falcidiam licuerit, legatum esse dicetur,* 35, 3), nem até pouco (C. DEMOLOMBE, *Cours de Code civil,* n.482; *G.* VENEZIAN, Dell‟Usufrutto, dell‟Uso e dell‟Abitazione, II *Diritto civile italiano* de P. FIoRE, 65 s.).

6.RENÚNCIA Á PRETENSÃO À CAUÇÃO. A renúncia à pretensão a que o usufrutuário preste a caução ou resulta de declaração expressa de vontade, ou de manifestação tácita de vontade. Não cabe fazer-se distinção entre *dispensa* e *renúncia,* porque, no sistema jurídico brasileiro, há apenas a pretensão do dono à prestação da caução pelo usufrutuário. Tanto renuncia a ela quem vai entregar a posse imediata ao usufrutuário como quem, depois de prestada, a ela renuncia: ali, renuncia *à* pretensão; aqui, à pretensão satisfeita. A alusão a renúncia unilateral e a renúncia bilateral, como se existisse a segunda espécie, é um dos mais irritantes erros generalizados, afeantes das exposições de juristas ainda de valor.

Se o dono entregou o bem ou os bens ou o patrimônio sem exigir caução, renunciou à pretensão. O direito à caução persiste. Se as circunstâncias mudam, de jeito que não se poderia entender que, no momento, o dono renunciasse à caução, renasce a pretensão a que o usufrutuário a preste. Não é circunstância que se possa levar em conta a mudança de titularidade do domínio, mas basta a insolvência do usufrutuário, ou ato do usufrutuário que faça temer que não possa, ao cessar o usufruto, entregar os bens como deveriam ser entregues.

No sistema jurídico brasileiro não se deve aceitar que o dono, que entregou a posse imediata sem exigir caução, pode vindicar a posse. Se o usufrutuário tomou a posse, sem prestar a caução exigida, esbulhou; e o dono do bem usufruído tem a ação possessória adequada. Se a posse imediata lhe foi dada, não; salvo se condicional da prestação de caução em certo tempo ou quando exigida, mas, aí, tem de preceder a mora na restituição, o esbulho só ocorreria depois. Se houve a superveniência de circunstâncias que fazem renascer a pretensão, tem de exercê-la o dono do bem usufruído, pedindo a caução ou a volta da posse imediata. Não há pensar-se em ação de esbulho.

A regra jurídica da extingüibilidade da pretensão à caução por se não ter exigido antes da entrega do objeto gravado por usufruto, uso ou habitação (Código Civil, art. 729, *verbis* "se lha exigir o dono"), tem precedente doutrinário, aproximado, em interpretação *de lege lata,* àquele tempo inadmissível de M. AURELIUS

GaVANUS *(De Usufructo,* 222), porém de modo nenhum houve ligação da lei brasileira ao pensamento daquele jurista.

Em vez de só admitir a pré-eliminação, no ato constitutivo, da pretensão à caução, o que é sempre possível (e não se confunde com a pré-eliminação da medida preventiva de caução, segundo o Código de Processo Civil, arte. 675 e 676, IV, que não é pré-eliminável, nem renunciável), o Código Civil só atribui ao dono do bem gravado a pretensão à caução, enquanto não se consuma a entrega da posse. Há eficácia meramente dilatória.

À pretensão à caução pode renunciar o dono do bem gravado, como pode ter dispensado no ato constitutivo (pré-eliminado). A concepção brasileira afastou, pela base, a discussão em termo da renunciabilidade e a regra jurídica romana de se poder exigir a caução ainda depois da tradição do bem gravado (cp. L. 7, pr., D., *de nu fructu et quemadmodmnn quis ututur*

*fruatur, 7,* 1). Nada obstaria a que a pré-eliminasse, por ser *dispositivo* o art. 729 do Código Civil, à diferença do direito romano (L. 7, C., *ut Lii possessionem legatorum vel lideicommissorum servaredorum causa mittatur et quando satisd,ari debet,* 7, 54; para a caução quase-usufrutuária, L. 1, C., *de uns fr-uctu et habitatione et rnunisterio servorum,* 3, 33).

7.ACORDOS ENTRE USUFRUTUÁRIO E DONO DO BEM USUFRUÍDO. Se o usufruto consiste em bens imóveis, a locação deles não substitui a caução. O sistema jurídico brasileiro não reputa seguridade para o dono o simples fato de estarem locados os bens imóveis, porque a posse imediata está com o locatário e não há entre ele e o usufrutuário qualquer pessoa intercalar, de que dependa a posse do locatário. Somente o acordo entre usufrutuário e dono dos prédios usufruídos pode chegar a êsse resultado. Outros acordos semelhantes podem exsurgir.

8. ADMINISTRADOR TERCEIRO. Pode acontecer que o dono do bem usufruído não queira ou não possa administrar. Amigável ou judicialmente é de nomear-se terceiro que administre. Esse

administrador tem deveres e obrigações perante o usufrutuário e perante o dono do objeto do usufruto. Perante o dono do objeto do usufruto, tem os deveres e obrigações que, no tocante à coisa e sua conservação, teria o usufrutuário, inclusive quanto ao pagamento de foros, pensões e tributos reais que possam, por sua impontualidade, atingir a propriedade. Perante o usufrutuário, tem os mesmos, mais os de prestar-lhe o que seja fruto do bem usufruído.

O uso dos bens em usufruto por parte do usufrutuário, no direito brasileiro, tem de ser havendo do terceiro administrador, ou do dono administrador, a posse. imediata de locatário, de jeito que a posse do administrador, dono ou terceiro, se intercala entre a posse mediata de-usufrutuário, que é conteúdo do direito, e a posse imediata do usufrutuário adquirida em virtude de negócio jurídico entre §1. e o administrador. O usufrutuário é, de regra, em tais casos, locatário.

9.USUFRUTO "EX TEGE" E CAUÇÃO. Também está sujeito a prestar caução o titular de direito de usufruto *ex tege?* A resposta é negativa. Nem o titular do pátrio poder (L. 8, 1 4, C., *de bonis, quas liberis in potntatt colUtttUtU ex tnatrtmO*"~~*W* „vel *aliter adqflirtt«V et ecrum admifliSt7ati~e,* 6, 61), nem a viúva de que cogita o DecretOleí n. 8.200, de 19 de abril de 1941, art. 17 (DecretO-lei n. 5.187, de 13 de janeiro de 1943). Quanto ao dote, rege o art. 297 do Código Civil (cf. art. 260,1).

Quanto ao Estado, tem obrigação de prestar caução, se lha exige o nu proprietátio não mais sendo de invocar-se a L. 1, § 18, O., *ut legO.tofltm seu fideicontr~11Asorum servandúfl(m causa caveatur,* 36, 8; L. 9, § 2, *O., usulructuaflus quemadmodum caveat,* 7, 9). No usufruto judicialmente constituído pode O juiz exigir a caução e entenden se exigida, se o titulo não a dispersão § 2.288. Dever de restituir do objeto do usufruto 1.RESTITUIÇÃO E ESTADO 1 > 05 BENS. Os usufrutuários (e seus herdeiros) têm de restituir os bens, ou o bem, ou o patrimônio, no estado em que aqueles se achavam ou se achava o bem, ou o patrimônio no momento em que foram recebidos ou foi recebido pelo usufrutuário. Além disso, conforme vimos, têm de ressarcir os danos que tenha havido 110 exercício irregular do usufruto, na custódia insuficiente ou defeituosa, ou na falta de reparações que lhes incumbiam, ou na omissão de aviso.

A obrigação de restituir pode ter diferentes conteúdos devido à natureza do bem usufruído (bens inconsumiveís ou deterioráveis, bens consumíveis, bens exigíveis).

2.NATUREZA E CARÁTER DAS REGRAS JURÍDICAS SOBRE RESTITUIÇÃO. As regras jurídicas concernentes a restituição do objeto usufruído nada têm com as regras jurídicas de abstenção e de tolerância.

Por elas, não se dá ao usufrutuário, extinto o usufruto, o dever de abster se de usar o objeto que se achava sob usufruto, nem o simples dever de tolerar que o dono, ou alguém por ele, reassumi ou assuma a posse mediata ou a posse mediata e a imediata, que tinha o usufrutuário. Nem o dever de se demitir da posse. É mais intenso e mais extenso o dever: o usufrutuário tem de restituir, de entregar a posse mediata, ou a posse mediata e a imediata, que tenha, ao mesmo tempo que tacitamente manifesta que o usufruto acabou. As regras jurídicas, como a do art. 729, *in fine* do Código Civil, criam dever positivos e não negativo. Não há simples deveres de abster se e de tolerar.

Dir-se-á que, se a posse imediata e a administração não cabiam ao usufrutuários não tem cabimento restituir~”~

Mas, ainda que a posse imediata toque ao dono, ou a terceiro, o usufrutuário, indiretamente embora, frui, e alguns elementos das relações entre ele e o administrador podem ser com ele como possuidor mediato. Tudo tem de ser restituído.

3.PRETENSÕES E AÇÕES DO DONO DO BEM USUFRUÍDO As pretensões e ações do dono do bem usufruído, após a extinção do usufruto, no que concerne à substituição do objeto, são ações reais. Mas há, também, a ação pessoal para o ato de

4.CAUÇÃO> SOBRE BEM “NULLIUS OU SOBRE IMÓVEL ABANDONADO Se o bem é *nuflius* ou o usufrutuário, extinto o usufruto, a) cessa de possuir mediata OU mediata e imediatamente o objeto do usufruto, OU !Õ, continua de possuir como usufrutuário *(se* ignora que se extinguiu) ou o) como possuidor próprio. Em a), bem que era *nula,* mas detrato o usufruto, passa a ser *nulas* sem restrições adposta, por ser impossuído. Em b), a usufrutuário possui como usufrutuário sem ser usufrutuário, de modo que o bem é *nulo* sem gravamento mas sob posse imediata do usufrutuário< > Essa posse não gera usucapião, nem de usufruto (porque o sistema jurídico brasileiro não contém a usucapião de usufruto), nem de domínio (porque afluente a gera a posse própria). Em e), o usufrutuário deixou de possuir como usufrutuário <possuidor impróprio) e assumiu a

posse própria do bem *nullus* e adéspota. Não há mudança da causa da posse; do referente, assunto da nova posse. Tal ex usufrutuário pode usucapir o domínio do bem.

§ 2.234. Deveres do dono do prédio usufruído

1.PRETENSÕES DO USUFRUTUÁRIO CONTRA O DONO »o BELA USUFRUÌDO. a) No sistema jurídico brasileiro, o usufrutuário tem pretensão a que o proprietário faça as reparações extra" ordinárias e as que não forem de custo módico" (CódigO Civil, art. 724: "Incumbem ao dono as repartições extraordinárias e as que não forem de custo módico; *mas* o usufrutuário lhe pagará os juros do capital despendido com as que forem necessárias à conservação, ou aumentarem o rendimento da coisa usufruída"; art. 734, parágrafo único: "Não se consideram módicas as despesas superiores a dois terços do líquido rendimento em um ano").

b)Pelo que *solveu* e incumbia ao dono do bem usufruído, tem o usufrutuário *pretensão à indenização* como *gestor de negócios alheios* (Código Civil, arte. 1.381-1.845). Como possuidor, tem as pretensões de que cogitam os arte. 516-519 do Código Civil, o *jus toliendi* e o direito de retenção, nas espécies do art. 516.

2.MODIFICAÇÕES E PRÉ-ELIMINAÇÕES DE DEVERES E OBRIGAÇÕES. Os deveres e obrigações do proprietário, inclusive os de pagar despesas, podem ser modificados ou pré-excluídos, inclusive, se se estabelece pensão real a favor do usufrutuário (eficácia real).

3.CONSTITUINTE DO USUFRUTO NÃO-DONO OU QUE DEIXOU DE SER DONO. O usufrutuário tem contra o proprietário as *pretensões de abono das despesas,* se o constituinte, que ele cria proprietário, as ratificara e foram conforme o interesse e a vontade do constituinte.

Tratando-se de bem móvel, o usufrutuário tem de estar em relação com o constituinte ou seu sucessor, a que outro se seguiu, enquanto desconheça a transmissão. Se notifica da transferência o usufrutuário, mas a aquisição não se operou (ou não se deu, ou foi ineficaz>, as relações hão de ser entre o usufrutuário e a pessoa indicada como sucessor.

Se está em causa bem imóvel, dá-se o mesmo. Se o constituinte do usufruto já não consta, como dono, do registro de imóveis, que fora

retificado, o usufrutuário não pode prestar ao constituinte, ou a quem é seu sucessor. No sistema jurídico brasileiro, a transcrição do titulo de aquisição substitui a *sejentia superveniens,* porque é cientificação a todos. Não assim, a morte do decujo (Código Civil, art. 1.572). O usufrutuário tem de conhecer o que se passa no registro, quanto à propriedade; porém não fatos jurídicos *atricto sensu,* como nascimento e morte, ou realização de condição, se a propriedade é resolúvel.

§ 2.285. Dever e obrigação de constituinte do usufruto

1.CONSTITUIÇÃO E PODER DE CONSTITUIR. O usufrutuário, que recebeu o bem, os bens ou o patrimônio, com efeito de adimplemento de obrigação derivada de negócio jurídico (negócio jurídico básico), tem contra o constituinte, em se tratando de contrato oneroso, ação de evicção, baseada nos arts. 1.107-1.117 do Código Civil. Não se dirige a ação do evicto contra o dono *atual* do bem, porque êsse reivindicou e nada tem com a ineficácia real do negócio jurídico do demandado perdente da ação; mas sim contra o constituinte ou contra os seus herdeiros.

2.DEVERES E OBRIGAÇÕES DO CONSTITUINTE. Todos os deveres e obrigações que o constituinte assumiu, sem que se irradiem do acordo de constituição, mas do negócio jurídico básico, só se transmitem aos seus herdeiros e sucessores pessoais, não aos que adquirem o domínio do bem objeto de usufruto. As suas dívidas anteriores ao ato constitutivo, de ordem pessoal, pagas pelo usufrutuário, nada têm com o usufruto, e o usufrutuário pode cobrá-las imediatamente.

§ 2.286. Proprietário administrador

1.USUFRUTUÁRIO QUE NÃO PODE DAR CAUÇÃO. Diz o art 730: “O usufrutuário, que não quiser ou não puder dar caução suficiente, perderá o direito de administrar o usufruto; e, neste caso, os bens serão administrados pelo proprietário, que ficará obrigado, mediante caução, a entregar ao usufrutuário o rendimento deles, deduzidas as despesas da administração, entre as quais se incluirá a quantia taxada pelo juiz em remuneração do administrador”. A regra jurídica é dispositiva, e não imperativa.

Se o usufrutuário não pode dar caução fideicomissória ou real, exigindo-lhe o proprietário, cria-se situação de perplexidade. Dai o

problema técnico que se criou. ULPIANO, na L. 13, D., *de uns fructu et quemadmodum quis utatur fruatur,* 7, 1, informou que o dono podia exigir segurança, para que o usufrutuário pudesse receber o usufruto, porque assim como o usufrutuário tem direito de usufruir tem o dono o de estar seguro quanto a propriedade. Segundo JULIANO, tal princípio apanhava todos os usufrutos. Quem dava a solução quanto a segurança era o juiz. Em verdade, ou se entregava a terceiro, com a cláusula de se pagar ao usufrutuário a renda, deducta a despesa, ou o próprio proprietário administraria, obrigando-se, com a segurança real, ou fideijussória, a entregar a renda ao usufrutuário, deducta a despesa. A questão da caução juratária, que tanto se discutiu no velho direito português, é hoje sem qualquer pertinência.

2. SOLUÇÕES TÉCNICAS. As soluções técnicas ao problema tinham de partir da adoção do exame da espécie e do caso pelo juiz, ou de edição de regra como a do art. 730, com caráter de direito dispositivo, ou com caráter de direito imperativo, ou de regra de entrega a terceiro, sob caução, com caráter dispositivo ou imperativo. Nos juristas do direito comum nunca encontramos regra jurídica interpretativa. Quase todos queriam solução única, com caráter de imperatividade. Porém na praxe portuguesa tal não aconteceu. É verdade que MiLO FREIRE *(Institutiones,* III, 169 s.) e BORGES CÃxNzmo *(Direito civil de Portugal,* IV, 147 > propenderam para a solução pelo juiz, mas já de muito se havia estabelecido a prática de se permitir ao proprietário que a prestasse.

3. AUTO-REGRAMENTO. O constituinte do usufruto pode estabelecer outra solução para evitar a perplexidade em caso de não poder o usufrutuário dar a caução suficiente, tal como arrendar-se o bem a terceiro, ou entregar-se à administração de terceiro, pessoa determinada ou não, ou deixar-se ao juiz a solução.

Todas essas medidas eram usadas em Portugal, mas preferia-se a que se apontou no art. 730 (MANUEL DE

ALMEIDA E SOUSA, *Notas de Uso prático,* III, 565: a"... na praxe se dá preferência ao proprietário, caucionando este restituir os frutos *(deductis expensis)* ao usufrutuário"), que é, todavia, regra jurídica dispositiva. Se o proprietário não quer ou não pode caucionar, a solução há de ser dada pelo juiz, salvo se proprietário e usufrutuário acordam em que outrem administre.

4."LUS DISPOSITIVUM". Por onde se vê que a regra jurídica entrou no

direito português e luso-brasileiro como dispositiva, caráter com que passou ao Código Civil: se o constituinte do usufruto outra coisa não estabeleceu, o art. 730 incide.

Não se trata de direito nôvo, que o Código Civil haja importado do direito suíço cantonal, como pareceu a CLOVIS BEVILAQUA *(Código Civil comentado,* 1, 285) : já existia muitos séculos antes do Código Civil do Cantão de Zurique, art. 292, e até mesmo antes das Ordenações Filipinas. Pode-se perguntar se a incidência do art. 730 faz a ação real do usufrutuário desaparecer, se já surgira, e aparecer a pessoal, ou se continua ação real, quanto às prestações, se o bem passou a ser administrado pelo proprietário. Naturalmente não está em causa o direito unitário, nem as pretensões unitárias, que de modo nenhum se confundem com as pretensões periódicas.

O ponto está em se saber se há assunção de obrigação pelo proprietário, assegurada pela caução, ou se é ação real quanto aos frutos, que continua, a despeito da perda da posse imediata pelo usufrutuário. A ação é pessoal; por isso, a garantia *real* é necessária, e o art. 730 fala de caução pelo proprietário, tal como a velha praxe portuguesa. A prescrição seria a de vinte anos, e não a de cinco; porque não se trata de renda temporária ou vitalícia, trata-se de prestações periódicas, sim mas de administrador, a favor do qual, aliás, não corre a prescrição (art. 168, IV).

Quanto à idade da regra jurídica inserta no art. 730, já a conhecia, pelo menos, o anotador de ANTÔNÃO

GOMES *(Variarum Resolutionum Libri ires,* 3.s var., c. 15, n. 4; cp. 2ª var., e. 13, n. 3) e atesta a preferência, na prática, por ela, MANUEL DE ALMEIDA E SOUSA *(Notas de Uso prático,* III, 565; *Coleção de Disserta ções jurídicas e práticas,* 73).

Por outro lado, é preciso atender-se a que, no sistema jurídico brasileiro, a caução há de ser exigida antes da entrega da posse (Código Civil, art. 729, *verbis* “se lha exigir o dono”). O art. 730 tem de ser interpretado em concordância com o art. 729, que o antecede. Há preclusão da pretensão à caução, posto que tal preclusão não atinja a pretensão à caução cautelar, se as circunstâncias a fazem surgir.

Do que se expôs neste Capítulo V ressalta que o sistema jurídico brasileiro alcançou certa compleição teórica e prática, que se não deve deixar aos influxos de doutrinas estrangeiras, inferiores.

A situação do usufrutuário, segundo o direito brasileiro, é a de titular

do direito real de usufruto, desde que tal direito, conforme a natureza do bem, *nasce,* e a de titular de direito à posse. Se o constituinte exige a caução, a posse imediata pode ficar com ele, administrador que passa a ser, embora a posse mediata (de usufrutuário) se transfira.

## CAPITULO VII

## USUFRUTO SOBRE COISAS

### § 2.287. Conceito de usufruto sabre coisas

1.PROPRIEDADE SOBRE BENS CORPÓREOS E SOBRE BENS INCORPÓREOS. Se o bem, corpóreo ou incorpóreo, é suscetível de domínio, também o é de usufruto, posto que haja usufruto sobre bens que não são suscetíveis de domínio, como os créditos. O usufruto é sobre a coisa quando o objeto usufruído 4 bem tirado, conceptualmente, da natureza material, como o prédio, o metal, a madeira com que se fêz a cadeira e o bronze em que se fundiu a estátua, ou a criação intelectual (literária, artística, científica, ou industrial), como a obra, bem abstrato, do arquiteto, com que se podem levantar edifícios, o desenho, bem abstrato, com que se podem fazer cadeiras, ou a estátua, o romance, ou o livro de ciência, bem abstrato, que se pode editar, a invenção que pode ser reproduzida ou empregada, a marca de indústria, bem abstrato, que pode ser impressa para se apor em mercadorias.

Em todos os exemplos ressalta que se usa e frui, diretamente, bem material (corpóreo) ou incorpóreo, abstrato, sem que se interponha algum direito, O uso e a frucção são extraídos, por fato de restrição, ao conteúdo do domínio; portanto não ao domínio mesmo.

Tais precisões são indispensáveis à boa inteligência das diferente classes de usufruto, todas subordinadas a princípios gerais e cada uma a princípios peculiares.

Não há interposição conceptual entre o usufruto e o seu objeto, que é a coisa, bem corpóreo ou incorpóreo.

Em sistema jurídico que atingiu satisfatória clareza em todo o direito das coisas, devido à decisiva inserção dos direitos sobre criações intelectuais e industriais, como direitos reais, é assaz fácil entender-se o que seja ou até onde se estenda a propriedade.

2.COISAS FUNCIONÁVEIS E COISAS NÃO FUNCIONÁVEIS, COISAS CONSUMÍVEIS E COISAS

INCONSUMÍVEIS. O fato de ser inconsumível ou de não ser consumível a coisa não tem importância para se saber se o usufruto é *sobre coisas* ou *sobre direitos.* Apenas a consumibilidade dá cores próprias ao instituto do direito de usufruto sobre coisas.

O mais simples dos usufrutos é, indubitavelmente, o usufruto de *bens corpóreos inconsumiveis,* isto é, "cujo uso... importa destruição imediata da própria substância, sendo também considerados tais os destinados a alienação" (Código Civil, art. 51).

Sabemos que são *fungíveis* os bens "que podem substituir-se por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade" (Código Civil, art. 50).

Se a coisa não é fungível, nem consumível, nem deteriorável, o usar e fruir torna-se ato que recai e somente recai sobre determinada coisa, sendo afastada, praticamente, a hipótese de destruição, que apenas faria cessar o usufruto. Tal o que ocorre com o usufruto dos terrenos, edificados ou não.

A fungibilidade é assaz relevante, para se saber quando se extingue o usufruto; a consumibilidade, para se determinar se o usufrutuário se termou proprietário (usufruto impróprio). Por isso, o art. 726 do Código Civil refere-se às coisas consumíveis e o art. 739, IV, às coisas não fungíveis.

De regra, as coisas consumíveis são fungíveis; e há coisas fungíveis que não são consumíveis, o que explica terem as leis, no tratamento do instituto do usufruto, de empregar os dois conceitos. Também há coisas consumíveis que não são fungíveis.

A infungibilização acentua ainda mais as diferenças. O vinho ou licor de 1921 não é mais coisa fungível, pOsto que continue consumível. O automóvel Ford dos primeiros que a empresa construiu não é coisa fungível: a fungibilidade pode desaparecer com o tempo. O mobiliário tombado, se bem que a indústria contemporânea possa reproduzi-lo com extrema fidelidade, não mais é fungível; e talvez nunca o fEsse, se obra de artista que cedo desaparecera. O que não mais se pode adquirir no mercado, nem é fácil obter-se por encomenda, infungibilizou-se. A fungibilidade há de ser apreciada no momento da extinção do usufruto, quando se há de substituir a coisa. Se destruiu e não mais é fungível no momento da substituição, tem de ser prestado,

como restituição do objeto do usufruto, o equivalente. Aliás, se, ao extinguir-se o usufruto por outra causa que a destruição (Código Civil, art. 739, XV), ainda era fungível e infungibilização sobreveio, a responsabilidade é como se a coisa se houvesse tornado fungível ao tempo da extinção, com os efeitos da mora.

A infungibilidade pode derivar de eficácia de negócio jurídico ou da lei. Se o doador ou testador atribui a alguém título ao portador, suscetível de prêmio por seu número, com as indicações da série e do número, e a outra pessoa, outros títulos ao portador, com ou sem indicação de série e número, havemos de entender que infungibilizou o bem que, por sua natureza, é fungível. Quem lega a onça empalhada que o testador caçou no dia tal, objeto que tem inscrição pregada ou colada, legou, indubitavelmente, coisa infungível.

## § 2.288. Usufruto sobre coisas inconsumíveis

1.CARACTERIZação DO USUFRUTO, INÍCIO DA EFICÁCIA REAL. Se o objeto do usufruto é bem inconsumível, o usufruto, que se caracteriza pela precisão dos limites entre o conteúdo restringido do domínio e o conteúdo do usufruto segundo o ato constitutivo, começa a ser eficaz desde que se constitui. Mas essa eficácia entre constituinte e usufrutuário somente se completa com o registro, em se tratando de imóveis ou de coisa inconsumível, cuja propriedade dependa de registro. Se o domínio depende de registro também dele depende o usufruto.

2.CONSERVação DO OBJETO DO USUFRUTO E ExTINÇÃO DO USUFRUTO. O dever de conservação não só se refere às coisas, que são objeto de usufruto; em sentido mais largo de conservar, os direitos, objeto de usufruto, também se conservam. O dever de conservar só se não irradia da relação jurídica de usufruto se o objeto é coisa consumível: dono do objeto, o usufrutuário apenas responde segundo o art 726 do Código Civil.

Alguns bens, objeto de usufruto, são suscetíveis de domínio, e há preclusão para êsse domínio *(e. g.,* os objetos do direito de propriedade intelectual ou industrial). Com a preclusão do domínio, ou com o advento da data em que o domínio, se houvesse, precluiria, preclui o direito de usufruto.

## 2.289. Usufruto sobre imóveis

1.CONSTITUIÇÃO DO USUFRUTO SOBRE IMÓVEIS. Diz o Código Civil, no art. 715: “O usufruto de imóveis, quando não resulte do direito de família, dependerá de transcrição no respectivo registro”. A lei só se refere aos usufrutos de direito de família, mas o usufruto de herança, propriamente dito, não depende de registro. Por outro lado, se o testador já determinara o objeto do usufruto, usufruto há desde que morreu o decujo, se puro e simples o legado. (O usufruto pode ser herança, se, a despeito da determinação, o testador fêz herdeiro, e não legatário, o usufrutuário.)

Diz o Código Civil, art. 725: “Ss o usufruto recai em florestas, ou minas, podem o dono e o usufrutuário prefixar-lhe a extensão do gozo e a maneira da exploração”. Fora .da ex-tensão marcada da maneira de exploração, o usufrutuário pode estar a transformar, indevidamente, o objeto do usufruto, a deteriorá-lo, culposamente (Código Civil, art. 739, VII). A permissão de cortar árvores ou somente a de substituir árvores menores às maiores e outras semelhantes pode ser regulada no ato constitutivo. Primeiramente, é de advertir-se em que usufruto de floresta ~e entende o usufruto de terreno em que já há florestas; não, usufruto de terreno em que o usufrutuário plantou floresta. A floresta não é o objeto do direito real; objeto usufruído é o terreno, no que a floresta é usável e fluivel. Usufruto de floresta é expressão elíptica. Os juristas e as leis usam e abusam das elipses.

Se o ato constitutivo não previu até onde e como se há de usufruir o terreno em que há floresta ou bosque, havemos de interpretar que se outorgou uso e fruto conforme a utilizabilidade da floresta ou do bosque, desde que não se lhe diminua a *perpetuabilidade* e não se lhe mude a *deatiuaçdo eco-nó mica.* Os usos locais podem determinar quais são as árvores de corte e quais as que não o são.

Lê-se no Código Civil, art. 724: “O usufrutuário pode usufruir em pessoa, ou mediante arrendamento, o prédio, mas não mudar-lhe o gênero de cultura, sem licença do proprietário ou autorização expressa no titulo; salvo se, por algum outro, como os de pai, ou marido, lhe couber tal direito”. O que se permite, no art. 724, é que o usufrutuário atribua a outrem, por deito de negócio jurídico, o uso e a fruição. O exemplo pois a alusão a arrendamento apenas exemplifica só se refere a atribuição de direito pessoal. Donde a questão:

~ pode o usufrutuário dar a outrem o uso ou a habitação, direitos reais? A resposta é negativa; porque o usufruto é intransferível e a outorga de uso ou habitação importaria em transferência, posto que *parcial.* O que o usufrutuário, no máximo, pode transferir, é *todo* o exercício; aquilo que é menos do que todo o exercício pode por ele ser

atribuído a outrem, não direito real.

Lê-se no Código Civil, art. 727: “O usufrutuário não tem direito à parte do tesouro achado por outrem, nem ao preço pago pelo vizinho do prédio usufruído, para obter meação em parede, cerca, muro, vala ou valado (art.

643)”. Tesouro não é fruto; de modo que a regra jurídica do art. 727 apenas *explicita* que o usufrutuário não tem direito à parte do tesouro achado por outrem. Se foi ele quem achou, é como achador, e não como titular de direito real, que lhe cabe a parte a que se refere o art. 607 do Código Civil. No tocante à parede, cOroa, muro, vala, ou valado (art. 648), a indenização é ao proprietário, e não ao usufrutuário.

Diz o Código Civil, art. 728: “Não procede o disposto na segunda parte do artigo anterior, quando o usufruto recair sobre universalidade ou quota parte de bens”. Se o usufruto é sobre universalidade, ou quota parte de bens, a indenização pertence ao usufrutuário, ou a ele e ao outro ou aos outros comuneiros, em proporção. O

art. 728 proveio do *Esboço* de TEIXEIRA DE FREITAS, art. 4.570. No usufruto de universalidade, ou de quota parte *de universalidade,* foi o usufrutuário, provAvelmente, que construiu a parede, cerca, muro, vala, ou valado, de modo que a obtenção da meação há de ser por indenização ao usufrutuário, e não ao dono dos bens em universalidade; salva se o usufruto somente recai em parte indivisa.

2.USUFRUTO DO BEM ENFITÉUTICO. O enfiteuta recebe do senhorio mais do que o uso e a fruição. Pode outorgar usufruto; o proprietário não o pode.

Surge o problema: o usufruto do bem enfitêutico é usufruto sobre coisa, ou usufruto sobre direito? A resposta a essa questão é de enorme alcance teórico e prático. Se o usufruto constituído pelo enfiteuta é usufruto *de coisa,* não há qualquer diferença entre o usufruto que seria constituivel pelo dono do prédio, se enfiteuse não houvesse, e o usufruto constituído pelo enfiteuta. Esse recebeu *abc,* outorga 1 w, como o dono teria outorgado se não tivesse outorgado a enfiteuse *(aU).*

Os juristas têm confundido, lamentavelmente, o usufruto constituido pelo enfiteuta e o usufruto constituído pelo titular do direito. Os titulares dos direitos podem constituir usufruto sobre os direitos de que são titulares. O

enfiteuta pode dar a alguém elementos do seu direito com que se componha a figura do usufruto; os outros titulares de direitos reais, não; nem os titulares de direitos pessoais; porque, não tendo uso e fruição, ou só os tendo com eficácia pessoal, não seria possível outorgá-los a alguém. ,~ Como poderia o credor hipotecário ou o credor pignoratício atribuir a alguém o uso e fruição da coisa se eles não os têm? O uso e o fruto, que lhes tocam, é o do crédito mesmo. O locatário pode usar e fruir a coisa locada, se lho permitiu o negócio jurídico bilateral da locação; mas o direito dele é pessoal, e seria absurdo que o titular do direito só pessoal sobre a coisa pudesse dar o outrem direito real com o mesmo conteúdo: estaria a dispor do que não tem.

Dizer-se que, com o usufruto constituído pelo enfiteuta, o que se outorga é usufruto da enfiteuse, provém de grave confusão. O enfiteuta tem mais poderes do que o usufrutuário:

ainda se constitui usufruto, fica com poderes que lhe mantém a situação subjetiva de titular de direito real mais vasto que o usufruto. Quando o enfiteuta aliena o direito enfitêutico, detrato o usufruto, o usufruto que lhe fica é o mesmo usufruto que ficaria ao dono do prédio, se, em vez de constituir enfiteuse, houvesse detraldo usufruto.

Assim como o usufruto constituído pelo dono,do prédio é direito restringente do domínio, é restringente do direito de enfiteuse o usufruto sobre o bem enfitêutico. O domínio era *dabc;* o *dominus,* constituindo a enfiteuse, outorgou aU (se houvesse constituído usufruto, teria outorgado 1 w); o enfiteuta, constituindo usufruto, outorga 1 w. Trata-se de *restrições* ao conteúdo, perfeitamente iguais em qualidade.

O usufruto constituído pelo enfiteuta não é cessão do exercício da enfiteuse, mas gravame da enfiteuse, que pode dar os elementos para a composição do usufruto, o que não acontece aos outros direitos reais. O gravame do direito de crédito só-mente pode recair sobre esse, porque dentro do crédito (= dos elementos que compõem o crédito) não há o suficiente para se edificar o conteúdo do usufruto.

O que a enfiteuse restringe ao conteúdo do domínio é o que faz o conteúdo da enfiteuse. O usufruto, por sua vez, restringe o conteúdo da enfiteuse. Nem a enfiteuse fraciona o domínio; nem o usufruto fraciona a enfiteuse.

Dai o erro de quem aventura que o usufruto de um direito não é verdadeiro e próprio usufruto e conclui que o usufrutuário, se o

usufruto foi constituído pelo enfiteuta, pode levar a cabo inovações que se não permitiriam ao usufrutuário ordinário, *e.* g., construir edifícios, abrir estradas, mudar a cultura, e tem de respeitar a destinação do direito enfitêutico, e não a da coisa.

A destinação econômica do bem enfitêutico é dada pelo enfiteuta. Os seus poderes são aU. Em a está êsse poder de imprimir a destinação econômica. O usufrutuário tem de respeitar a destinação que encontra, como qualquer outro usufrutuário. A destinação é sempre *na coisa.* Assim, é da máxima importância que não deixemos penetrar na doutrina brasileira erronias de outros povos *(e.* g., G. PUGLIESE, Usufrutto, Uso-Abitazione, *Trattato di Diritto Civile* de F. VASsaí, IV, *5,* 655).

5 2.290. Usufruto sobre móveis

1.CONCEITO DE USUFRUTO SOBRE MÓVEIS. Posto que mais freqüente seja o usufruto sobre imóveis, a lei mesma permite o usufruto sobre móveis (Código Civil, art. 714: "O usufruto pode recair em um ou mais bens, móveis ou imóveis, em um patrimônio inteiro, ou parte deste, abrangendo-lhe, no todo ou em parte, os frutos e utilidades"). O usufruto sobre móveis pode ser sobre quaisquer bens móveis que dêem frutos ou sejam fungíveis, inclusive ferramentas, gado, livros, aparelhos fabris e agrícolas. O usufruto de dinheiro supõe incidência do art. 726 do Código Civil.

2. BENS INCORPÓREOS MOVEIS. Bens móveis que são objeto de direito de usufruto sobre coisas não são só os bens corpóreos. Em virtude de tal enunciado, temos: que o usufruto sobre obra literária, artística, científica, patente de invenção, marca de indústria, modelos de utilidade, desenhos e modelos industriais, é usufruto sobre coisa incorpórea ou bem incorpóreo, e não usufruto sobre direito; a disciplina, a que está sujeito, é a do usufruto sobre coisas.

(A suposição de ser sobre direitos o usufruto de propriedade intelectual e industrial, *e.* g., G. VENEzIAN, Dell"Usofrutto, dell"Uso e dell"Abitazione, *II Diritio civile italiano* de P. Fíon e B. BRUGI, II, 337-341; F. Dz MArINO, Usufrutto, Uso e Abitazione, *Comraentario dei Codice Civile* de A. SCIALOJA e G. BRANCA, III, 208 s., leva a certos erros. As legislações ainda incorretas pata se afeiçoarem à doutrina levam a isso; não a brasileira, que foi radical. O direito sobre a obra intelectual ou industrial é direito de propriedade. Nos Tomos XVI e XVII ficaram esclarecidos os problemas, após muitas precisões

necessárias. > Se a obra literária, artística ou científica é irreproduzivel, o uso e a fruição somente podem recair na peça única (uso para a vista, ou leitura, uso para decoração, fruição pela exibição paga, ou pela transferência do exercício do usufruto, ou pela locação). Em se tratando de propriedade industrial, há a ligação com a indústria, mas o usufruto é inconfundível com o domínio da patente de invenção, da marca de indústria, do modelo ou desenho industrial, ou de outro bem incorpóreo industrial.

O usufrutuário de obras *editáveis* pode editar ou contratar edição. Diga-se o mesmo a propósito das obras *representáveis* ou *executáveis.*

Tem-se de repelir qualquer atribuição de direitos ao usufrutuário que diga respeito ao *direito autoral de personalidade*

e ao *direito de ligar o nome à obra* (Termos VII, § 756, e XVI, §§ 1.846-1.855). O *direito autoral de nominação* é exercido antes; se depois, depende do ato constitutivo saber-se se isso causa prejuízo, indenizável, ao usufrutuário. A retirada do nome é danosa e têm de ser ressarcidos os prejuízos.

O usufrutuário não pode alienar o direito autoral de reprodução. Qualquer contrato de edição, representação ou execução se subentende para o tempo em que existe o usufruto, ou para o tempo ou número de edições, representações ou execuções que por disposição negocíal ou regra jurídica dispositiva foi fixado. Se o usufrutuário contratou a edição, representação ou execução por tempo determinado e ocorre a extinção do usufruto, está resolvido o contrato *(Resoluto jure dantis, resolvitur et jus coneessum).* Escusado é advertir-se em que a afirmativa de sobrevivência do contrato de edição, representação ou execução, se o proprietário não foi figurante, ou não se inseriu, por acordo posterior, na relação jurídica, é absurda e espanta que ainda a defendam A. DE GazootIo *(Ii Contratto di edizione,* 183 s.) e PAOLO GRECO *(1 Diritti vii Une immateriali,* 294).

Se alguma edição ainda não está esgotada e o pagamento é pela venda, a percentagem ou outra quota que teria o usufrutuário pertence, a partir da extinção do usufruto, ao dono do bem intelectual. *Áliter,* quanto aos exemplares que foram prestados ao usufrutuário antes da extinção do usufruto, ou quanto aos títulos de crédito que o editor, ou empresário de representações ou execuções prestou como pagamento adiantado, se a edição foi feita ao tempo do usufruto, ou as representações ou execuções se deram durante ele.

§ 2.291. Usufruto de coisas consumíveis

1. COISAS CONSUMÍVEIS. Lê-se no Código Civil, art. 726. “As coisas, que se consomem pelo uso, caem para logo no domínio do usufrutuário, ficando, porém, este obrigado a restituir, findo o usufruto, o equivalente em gênero, qualidade e quantidade, ou, não sendo possível, o seu valor, pelo preço corrente ao tempo da restituição”. E no parágrafo único do art. 726:

“Se, porém, as referidas coisas foram avaliadas no titulo constitutivo do usufruto, salvo cláusula expressa em contrário, o usufrutuário é obrigado a pagá-las pelo preço da avaliação”. O *quasi «sus fructus* ou usufruto impróprio é aquele em que o usufrutuário passa a ser dono dos bens usufruídos, por serem consumíveis. *Á reta ção jurídica é,* então, *entre o constituinte do uni rido e o usufrutuário,* ao passo que, nos outros usufrutos, é entre o dono do bem e o usufrutuário. Para os terceiros, o usufrutuário é dono; pode dispor. Se o usufruto é usufruto próprio o usufrutuário é titular de direito real limitado, e não dono. Se o usufrutuário impróprio ou quase-usufrutuário recebe do não-dono o bem consumível, só se faz dono se o adquirente a não-dono, no tocante ao domínio, adquiriria.

As regras jurídicas concernentes ao usufruto próprio não se estendem ao usufruto impróprio (G. PLANCK, *Kommentar,* 4~B ed., III, 664).

Cumpre observar-se que o art. 726 e o parágrafo único são *iuà dia positivum,* inclusive pode ser estipulado que a restituição seja em outra determinada coisa, ou em determinada quantidade, ou qualidade, ou marca (cf. J.

BIERMARN, *&zchenrecht,* 376; G. PLANa, *Korsmentar, III,* 4.a ed., 664).

O inventário ou a descrição da coisa é da exigir-se (J. BIERMANN, *Sachenrecht,* 376; sem razão, F.

KREnSCHMAE, *Das Saehenreckt,* 372).

O usufruto impróprio é instituto aberrante da inteireza lógica do sistema jurídico. O usufrutuário, em vez de obter, com o ato de constituição do usufruto, ou com a incidência da lei, usufruto, obtém domínio. t bem *quasi usual ructus,* pOsto de lado o *«ti frui salva rei substantia.* O usufrutuário, ou seu herdeiro, tem de indenizar, não o valor, ao constituinte do usufruto, ou seu sucessor, mas o equivalente em gênero, qualidade e quantidade, ou só se não é possível o valor, pelo preço corrente ao tempo da restituição (Código Civil, art. 726).

Diferente o Código Civil alemão, § l.067, que é de inspiração inferior, porque não atende a possível desvalorização da moeda. Se há perigo na restituição, tem o constituinte do usufruto, ou seu sucessor, pretensão à segurança.

O art. 730 é invocável. Se o usufrutuário não presta a caução tem o constituinte direito de retenção (J

BIERMANN, *Sackenreckt,* 376).

À relação jurídica é entre o usufrutuário e o constituinte, porque o usufrutuário se torna proprietário. Tem-se como constituinte quem outorgou o usufruto, quer sua quer alheia a coisa objeto da constituição de usufruto impróprio. Se o usufrutuário impróprio tem de devolver, por ato judicial, o bem ao dono, porque o constituinte não no era, libera-se ele perante o constituinte.

2.CONSUMIBILIDADE E RESTITUIÇÃO. A *impropriedade* do usufruto de coisas consumíveis resulta de caírem elas, desde a entrega, no domínio do usufrutuário, e não de serem consumidas pelo uso e pela fruição.

Dai ser incorreto dizer-se como D. BARBEIO *(L‟ Usufrutto e i diritti ali mi,* 66 s.), que o consumo é incluído no uso e na fruição. Não há "Uso + fruto = uso + fruto + consumo"; sim "Usufruto uso fruto = consumo".

Argumenta-se que o consumível não pode ser usufruído, mas exatamente ai está o elemento que faz *impróprio* o usufruto de coisas consumíveis.

A principio, raciocinava-se no direito romano como está no argumento acima. Coisas consumíveis não podiam ser objeto de usufruto. Nas próprias Institutas de Justiniano (§ 2, 1., *de «au iructu,* 2, 4) diz-se: "nam eae" isto é, *res quae ipso uns consumuntur* "neque naturali ratione neque civili recipiunt usum fructum". Constitui-se usufruto não só sobre fundo e casas como também sobre escravos, cavalariças e as demais coisas, lê-se no § 2, exceto aquelas que se consomem pelo só uso. Porque, acrescenta-se, tais coisas nem pela razão natural nem por direito civil admitem usufruto. Em tal número estão vinho, óleo, azeite, grãos e vestes, dos quais se aproxima o dinheiro de contado, porque de certo modo e extingue pelo uso com a permuta contínua (quo numero sunt vinum oleum frumentum vestimenta. quibus proxima est pecunia numerata: namque in ipso usu adsidua permutatione quodammodo extinguitur). Mas, "utilitatis causa", explica o compilador, "senatus censuit posse etiam earum rerum usum fructum constitui, ut tamen eo nomine heredi utiliter caveatur" (mas, pela causa de utilidade, decretou o Senado que se possa constituir usufruto dessas coisas, desde que com tal titulo se dê ao herdeiro suficiente caução). Provavelmente, esse senatusconsulto, de que se desconhecem o autor e a data, surgiu nos primeiros tempos imperiais. Se procurar mos nos juristas a repercussão de senatusconsulto encontramos textos de ULPIANO e GAIO, que são expressivos.

Na L. 1, D., *de uns iructu earum rerum, quae uns conswrntsntur veZ minuuntur,* 7, 5, ULFIANO referiu-se ao legado de coisas consumíveis e inconsumíveis, para se respeitar, quanto possível, a vontade do testador. Na L.

2, pr., GAIO observou que, não podendo o Senado alterar a razão natural, se introduziu a caução de restituir, o que deu início ao quase-usufruto. [Quo senatus consulto non id effectum est, ut pecuniae usus fructus proprie esset (nec enim naturalis ratio auctoritate senatus commutari poterit), sed remedio introducto coepit quasi ususfructus háberi.]

Quanto às coisas consumíveis incluídas no patrimônio sujeito a usufruto, tem-se de atender a que o objeto é, então, o patrimônio, e não a coisa consumível. O art. 726 do Código Civil não tem a aplicação rígida que teria se o usufruto fosse usufruto sobre coisa singular: os princípios somente como elementos de integração do sistema jurídico podem ser invocados.

A caução do usufruto próprio é para a conservação e para a restituição; a do usufruto impróprio, somente para a restituição do

*tantundem.*

A verdadeira ocorrência técnica pode ser explicitada: desde que prestava a caução de restituir e se dizia usufrutuário quem a prestava, o usufrutuário passava a poder consumir a coisa.

Mas a solução; uma vez integrada no sistema jurídico, deu outra configuração ao usufruto de coisas consumíveis: coisas consumíveis podem ser objeto de usufruto, tornando-se de propriedade do usufrutuário, que as tem de restituir na mesma espécie, qualidade e quantidade.

No sistema jurídico brasileiro, em que a caução pode ser exigida pelo constituinte, ou não no ser, não é mais a *cautio* que torna possível o usufruto impróprio. A *naturalis ratio* foi têcnicamente superada. Aliás, já no direito justinianeu a *cautio* não era essencial: o dever e obrigação de se restituir o *tantundem* passou a irradiar-se da recepção do objeto do usufruto, e não da *caistio.* Em vez de criativa, como fora, a *cautio* fêz-se assecuratória.

Não cria, garante. De modo que o dito de GAIO (L. 2, § 1) “nec enim naturalis ratio auctoritate senatus commutari potest”, envelheceu. Não mais “per cautionem” se cons

titui o usufruto impróprio, o *quasi ususiructus.* (Não se deve atribuir à inovação do senatusconsulto criação de *fictio,* como fêz G. GROSSO, Sul quasi usufrutto, *Ruil. dell*‟*Istituto di Diritto romano,* 1935, 247. Tudo se passou no plano da eficácia da caução, dando ensejo às ações do dono e, pois, do usufrutuário.) O usufruto de dinheiro, *«sus iructus pecuniae,* é uma das espécies mais típicas do usufruto de coisas consumíveis. Também aqui se há de atender à destinação econômica, estética e histórica do bem usufruído.

3. DOMÍNIO DO USUFRUTUÁRIO. O senatusconsulto não enunciava que .o usufrutuário adquiria a propriedade, mas a evolução que se operou foi sem sentido e não pode haver outra opinião diante dos termos claros do art. 726, 1.a parte, do Código Civil: “As coisas que se consomem pelo uso caem para logo no domínio do usufrutuário”. Para logo, diz a lei. Mas ~.desde qual momento, precisamente?

No sistema jurídico brasileiro, a caução só é obrigatória, se exigida; no direito romano, foi de começo exigida.

2. Seria no momento da prestação da caução que se transferiria o domínio? Ou somente da *traditio?* A resposta tinha de ser no sentido

de considerar-se necessária a tradição, sem a qual nenhuma utilização nem consumo seria possível. A suposição de só se dar a inclusão no patrimônio do usufrutuário se houvesse confundido com os outros elementos do patrimônio o objeto do quase-usufruto, ou quando a consumação o exaurisse, retardaria, no primeiro caso, a aquisição e, no segundo, a tornaria impossível, porque não se adquire o já consumido. No direito romano, *poderia* ter sido essa a concepção, prontamente do momento da aquisição, mas apenas como transição. Para se verificar, ter-se-ia de partir da investigação do conteúdo da *cautio* que o quase-usufrutuário prestava, em relação àquela que era dada pelo usufrutuário. Advirta-se, porém, em que o problema não *é* o mesmo para as coisas consumíveis singulares e para as coisas consumíveis elementos de patrimônio. Quanto a êsse, o usufruto sobre o patrimônio não é sobre bloco de coisas singulares inconsumíveis e de coisas singulares consumíveis, cuja consumibilidade só se possa apurar quando se usem e cuja *aquisição* dependa da consumação: o consumível do elemento do patrimônio está no patrimônio mesmo, por sua destinação *intento,* com entrosam“ de mudança normal. Â respeito das coisas consultivas singulares, há o argumento que não tem sido pesado devidamente de ser pressuposto do poder de consumir, não o poder de dispor, que outra pessoa e não só o proprietário pode ter, mas o poder de destruir. Só o dono, OU alguém que tenha poder desapropreatívo no momento *(e. 0*□ ~ Código Civil, art. 160, ii: “A deterioração ou destruição de coisa alheia, a fim de remover perigo iminente”> ou par fOrça de regra jurídica de direito público, pode *destruir.* A consumibilidade supóe a propriedade, ou o efeito desapropriativo imediatamente ante-dor ao ato deterioração ou destruir. Ora, é inegável, ainda em direito romano, que a tradição p& o recebedOr das coisas consumíveis, para uso e fruição, em situação jurídica de exercer os atos de consumo. Por outro lado, os riscos por caso fortuito corria-OS o quase usufrutuário não mais o do usufruto.

Uma das conseqüências de se ter coma momento da aquisição o da tradição está em que os credores do quase~DSUfTfltuárí< > ou usufrutuário impróprio podem penhorar as coisas consumíveis entregues e não mais têm tal pretensão constritiva os credores do constituinte da usufruto sobre coisas consumíveis já entregues.

De pássagefli obserVtIflOS que a transferência da pi“opflfr dade mobiliária, no sistema jurídico brasileiro, não se opera à5~melhança do que ocorre noutros sistemas jurídicos, *o* domínio das coisas não se transmite pelos negócios jurídicos entre vivos antes da tradição (Código Civil, art. 620, 1ª parte). É preciso que o outorgado adquira a posse, qualquer que seja o modo de aquisição (tradição simples, tradição *longa manu,* tradição *brevi qnanu,* tradição pelo constituto

possessória, cessão da pretensão à entrega). O art. 1.572 só se refere à herança, portanto à transmissão a causa de morte. Aliás, nos próprios sistemas jurídicos que têm a transferência da propriedade por simples pacto *(e. g.,* o italiano, cf. a respeito NICOLÓ~GIO~IANNí, Usufrutto, *Nuovo Digesto ltaWntO,* 12, *1,* 781), os mais avisados repelelfl que se transfira pelo simples acordo de transmissão ao usufrutuário impróprio a propriedade <*e. g., G.* PUGLIESE, „UsufriittO, Uso~ÃbitaZíone. Trattato *di Diritto cirile* de F. „VASSALLI, IV, 3, 587>.

Se houve trasmissão de posse, com ou sem caução, com ou sem inventário, o usufrutuário impróprio adquire.

no direito brasileiro, "para logo", a propriedade das coisas consumiveis. Cumpre ter-se sempre presente que, no sistema jurídico brasileira, a caução só tem o efeito previsto no art. 729 do código Civil se o dono *exigiU* a caução. Com a posse pelo usufrutuário impróprio, os credores desse podem penhorá-la e e, falência do usufrutuário impróprio apanha as coisas consumíveis ainda não consumidas.

O usufrutuário impróprio, para reivindicar a coisa consumivel, objeto do usufruto, tem de alegar e provar que lhe foi outorgado o usufruto e que recebeu a posse. Antes de tal entrega não tem a *rei vinditato o* crédito dele, em relação ao constituinte do usufruto, a quem pode pedir a posse, pode ser peito dado, não ainda o objeto do usufruto, que ainda não se compos como direito real.

A aquiskão da propriedade das coisaS consumiveis pelo usufrtltuáflo impróprio não abre brecha no sistema jurídico brasileiro: subordina-se aos princípios comuns à propriedade mobiliá~"

4.CAUSAS DE ~XTIWÇIO DO UsUFRUTO E ~~RIGAÇkO DE RES~~TU1ÇXO DO LtTANTUNDEM .

~dquifldft a propriedade pelo usufrutuário impróprio, a extinção do usufrUt~" determina a ~~rigação de

~6~tituição À ~jtiLçSO do usufruto impróPrios tem de ser prestado o valor, em dinheiro, do que foi recebido. O

art. 1.264 do Código Civil não pode ser invocado, porque só se refere ao mútuo. As causas de extinçãO são as do art. 739, 1, tIL e iii, segundo exporemos no capitulo sobre ~~iflçãO do usufruto, e a renúncia. Se, por exemplo, o usufrutuário impróprio renuncia ao usufruto, está *abri gad o* a prestar o *tantttfldern* desde o momento em

que renuncie. De modo nenhum se pode subordinar a renúncia à restitu~ãO imediata do *tanttL1ld~em* Se o usufrutuário impróprio sucede ao constituinte do usufruto, Oh ê585 àquele, a extinção não obriga à ~estitU1Ç&O, salvo se há patrimOnãos separados. Se, após a posse pelo usufrutuário impróprio, as coisas consumíveis ainda não consumidas são desapropriadas. ou destruidas na vigência de seguro, a

~~deniZação é ao usufrutuário impróprio, e nada tem a ver com §sses fatos o constituinte do usufruto ou seus sucessores. *Auter,* se ocorreu antes da transferência da posse ao usufrutuário impróprio: adquire a indenização o constituinte do usufruto e a pretensão do usufrutuário impróprio é a que o constituinte do usufruto preste a indenização recebida, em que se sub-rogou o objeto do usufruto impróprio.

em A propósito do art. 739, V, do Código Civil, que é aquele que se fala da consolidação como causa de extinção do usufruto, notemos que não há *consolidação* da propriedade, há a *confusão* de que se trata nos arte.

1.049 e 1.051.

5. OBJETO RESTITUÍDO. Tendo de ser restituído o valor do que se recebeu, cumpre examinar qual a espécie: ou a) foi feita, antes da entrega da coisa consumível ou das coisas consumíveis, a *avaliação* do que o outorgante do usufruto prestou; ou *b)* não houve *avaliação.* Na espécie a), o usufrutuário impróprio tem de restituir o valor, conforme a avaliação, ainda que a coisa consumível ou as coisas consumíveis tenham diminuído ou aumentado de valor. Na espécie *b),* o usufrutuário impróprio tem de restituir outra coisa (ou a mesma, se não foi consumida) ou outras coisas (ou as mesmas, se não foram consumidas) de igual qualidade e em igual quantidade, ou não sendo isso possível prestar valor em dinheiro, conforme o preço corrente ao tempo da restituição (art. 726, *in fiiie).* Não há escolha deixada ao devedor entre prestar em coisas da mesma qualidade e quantidade e solver a dívida com dinheiro. O art. 726 alude à impossibilidade de se obter a coisa ou de se obterem as coisas devidas.

Surge, aqui, pequena questão. Pode acontecer que a coisa consumível não seja fungível. Já vimos que os conceitos não coincidem. Também se consome o não-fungível. O exemplo que mais facilmente acode é o do aparelho ou máquina que não mais se fabrica. A impossibilidade caracteriza-se. Presta-se o valor em dinheiro, tomando-se por base o que teria, no momento, a mesma utilidade.

Se não há acordo sobre o valor que se há de fixar ao tempo da restituição, a avaliação tem de ser judicial.

## § 2.292. Usufruto sobre coisas deterioráveis

1.DETERIORABILIDADE. A coisa ou se deteriora pelo uso, ou por outra causa. Na *L.* 9, § 3, D., *usutructuarius quemadmo.dum caveat,* 7, 9, ULPIANO diz: "Si vestis usus fructus legatus sit, scripsit Pomponius, quamquam heres stipulatus sit finito usu fructu vestem reddi, attamen non obligari promissorem, si eam sine dolo maIo adtritam reddiderit". Se foi legado o usufruto de vestido, escreveu POMz"ôNão que, ainda que o herdeiro haja estipulado que, findo o usufruto, se devolva o vestido, o promitente (legatário usufrutuário) não se obriga se sem dolo mau o houver devolvido deteriorado. Deterioração pelo uso. Evidentemente, o texto só se referia às *res quere usu minuuntur,* e não às coisas consumíveis. Na L. 15, § *4,* D., *de uni fruciu et quemadrnodum quis utatur fr-uatur,* 7, 1 (ULPIANO), fala-se de vestes que foram legadas como coisas consumíveis, e não só deterioráveis: "Et si vestimentorum usus fructus legatus sit, non sic ut quantitatis usus fructus legetur, dicendum est ita uti eum debere, ne abutatur: nec tamen locaturum, quia vir bonus ita non uteretur". Se se lega usufruto de vestidos, não como usufruto de quantidade, é de dizer-se que deve usar de modo que não abuse: nem, tão-pouco, os alugará, pois bom varão de maneira tal os não usaria. O que se „há de sublinhar é a alusão à destinação que o constituinte imprimiu ao objeto usado, posta em segundo plano a *naturalis ratio.* No Digesto, 7, 5, há referência a *res quas usu consumuntur* e a *res quae usu minuuntur,* gerando dificuldades na construção do usufruto impróprio. Não se pode exprobrar aos compiladores do Digesto, com as suas interpolações, terem confundido as coisas consumíveis e as deterioráveis: pressupunham, sempre, o que preferira o constituinte do usufruto, que teria tratado as coisas deterioráveis, no ato de constituição, ou como fungíveis, ou como infungíveis, ou como consumíveis, ou como inconsumíveis. Quem lega usufruto de veste rara, de valor histórico, ou pela autenticidade, não lega coisa consumível. Quem lega usufruto de roupa que se acaba e pode ser substituida lega coisa consumível. A fungibilidade só tem importância para se interpretar o art.

739, IV, a propósito da causa de extinção do usufruto, e não para se decidir se houve, ou não, constituição de usufruto impróprio (art. 726).

A própria rápida ou fácil deteriorabilidade não deve pesar para se saber se o usufruto, que se constituiu, é próprio ou impróprio. As tentativas de J. E. V. PROUDHON *(Traitá des Droitsd‟ Usufruit, d‟Usage, d‟Habitation et de Superficie,* II, n. 1675 s. e 1098 s.) e de outros (ainda recentemente, F. DE MABTINO, Usufrutto, Uso e Abitazione, *Commentario dei Codice civile* de A. SOIALOJA e *G.* BRANCA, III, 187) foram tentativas fracassa das.

2.DEVERES DO IJSUFRUTUÃRIO. A respeito das coisas deterioráveis, que foram dadas em usufruto como coisas inconsumiveis, os deveres do usufrutuário são os que tem todo titular de usufruto próprio. A deteriorabilidade é inerente à coisa. O uso é aquele a que foi ela destinada. Extinto o usufruto por uma das causas mencionadas no Código Civil, art. 789, 1, II, III, IV, ou VII, ou pela renúncia, o usufrutuário tem de restituir o que resta da coisa, ou no estado em que se acha a coisa, mas subentendido que precedeu às reparações que lhe incumbiam e avisou o dono quanto àquelas que tinham de ser feitas por esse.

Se o usufrutuário sucedeu ao dono, ou fesse àquele, a consolidação opera-se (art. 739, V>, segundo se expõe no lugar próprio.

Se o usufrutuário não pediu a posse, nem lhe chegou às mãos a coisa, regularmente, nenhum dever de restituição lhe corre, salvo mora no receber. Se passou o tempo para exercício da ação de pedir a posse, que é, ai, dirigida ao constituinte ou seu sucessor, não há mais pensar-se em usufruto (cp. art. 789, VI>.

O usufrutuário de utensílios, de aparelhos e máquinas que se deterioram, mas podem ser mantidos em bom estado se mudadas, oportunamente, as peças, tem o dever de conservação, para que possa usá-los. Deterioráveis são, mas há deveres quanto a se evitar a deterioração pelo mau uso, ou pela falta de uso.

Se o usufruto de coisa deteriorável não entra na classe do usufruto sobre coisas consumíveis, e sim na do usufruto de coisas inconsumíveis, qualquer ato de alienação delas pelo usufrutuário é ato de alienação de coisa alheia (portanto *ineficaz)* e dá causa à extinção do usufruto com fundamento no art. 739, VII *(verbo* “aliena”).

A reivindicação ao terceiro adquirente obedece aos princípios; de ordinário, não adquire file a propriedade, por ser indiferente a sua boa fé, se não incide *lez apecialia.*

É preciso atender-se, aqui, à diferença entre o direito brasileiro e os

demais que têm a regra ~ *En fait de meubles possessiouvaut titre,* que o direito brasileiro sempre repeliu.

3.COISAS DETERIORÁVEIS CONSIDERADAS COMO CONSUMÍVEL. Se o usufruto recaiu em coisas deterioráveis e pelo ato constitutivo se há de entender que o usufruto era de coisa consumível, o que mais acontece nas constituições de usufruto sobre patrimônio, o art. 726 do Código Civil é que rege a espécie.

A cláusula "restituirá o objeto do mesmo gênero se o que se presta se deteriorar", pode ser interpretada como reguladora da responsabilidade em caso de ocorrer deterioração, ainda sem culpa do usufrutuário, no usufruto próprio, ou como para a eventual deterioração com culpa do usufrutuário, no usufruto próprio, o que aliás seria supérfluo, ou como cláusula de constituição de quase-usufruto (usufruto impróprio). A terceira solução da que se há de adotar, em caso de dúvida. Seja como fOr, é desaconselhada cláusula que se não exprime completamente, como essa, dando margem a discussões e incertezas. Melhor será dizer-se, respectivamente:

"respondendo o usufrutuário, em caso de deterioração, ainda sem culpa", "respondendo o usufrutuário, em caso de deterioração, se há de culpa", "considerando-se consumível o objeto dado em usufruto". A consumibilidade pode resultar, ai, de manifestação de vontade que admite a substituição do objeto e em conseqüência entrega ao usufrutuário o domínio do objeto (usufruto impróprio).

Todavia, se o usufruto impróprio teria a conseqüência de fazer devedor de prestação proibida o usufrutuário, ou por outro modo a de fraudar regra jurídica sobre mútuo, a impossibilidade do acordo de constituição pode dar-se *(fraus legis)*.

A deteriorabilidade e a consumibilidade tratam-se diferentemente. O que é deteriorável e consumível, por isso que o ser consumível importa em ser impróprio o usufruto, passa a só ter importância como consumível. 9 que ocorre é apenas a preponderância da qualidade que se antepõe à outra, por determinar, por si só, a categoria jurídica. Não tem qualquer relevância, se o usufruto é impróprio, ser ou não ser deteriorável o objeto do usufruto

Na prática, primeiro há de o intérprete do negócio jurídico ou o juiz determinar que usufruto se constituiu (próprio ou impróprio). Somente depois é que lhe pode interessar o problema da deteriorabilidade ou indeteriorabilidade do bem gravado.

CAPITULO VIII

# USUFRUTO SOBRE DIREITOS

## § 2.293. Usufruto e direitos como objeto

1. DIREITOS E USUFRUTO. Os direitos podem ser objeto de usufruto. Discute-se se objeto dele é o próprio direito, ou o objeto desse direito. Se, no caso de divida de madeiras ou de café, as madeiras ou o café, *ou* o direito àquelas temos de considerar objeto do usufruto, não é questão ociosa. Diz-se que o usufruto sobre um direito é usufruto sobre o objeto do direito *(e. g.,* MÂRnN WOLFP, *Lehrbuch,* III, 2, § 120). O direito real limitado *restringe* o direito de domínio; a constituição de usufruto sobre êsse direito *restringe* êsse direito (seja ele o de enfiteuse, o de hipoteca, ou outro direito). Não usufrui o prédio hipotecado quem tem usufruto sobre o crédito hipotecado: usufrui o crédito. Nem sequer usufrui o prédio quem tem o usufruto do crédito anticrético.

SOmente a respeito do usufruto do bem enfitêutico teria algum sentido dizer-se que o usufrutuário usufrui a coisa, mas, ai, porque, dada a extensão do direito real de enfiteuse, se pode pensar em se tirar felpa ao que já fora tirado ao exercício da propriedade.

O que se passa é que, admitindo o usufruto de direitos, inclusive de direitos pessoais, o sistema jurídico deu azo a que se criassem direitos reais cujo objeto não é propriedade, como o usufruto de dividas em títulos de crédito, ou de dividas pessoais apenas documentadas.

Quanto ao usufruto sobre propriedade intelectual, artística, ou industrial, não é usufruto sobre direitos: é usufruto sobre bens incorpóreos; uma vez que o direito brasileiro fêz de propriedade o direito sobre tais bens.

Usufruir o direito autoral de exploração é modo de exprimir-se tão incorreto quanto falar-se de usufruir direito de domínio sobre coisa corpórea, móvel ou imóvel. AI, sim, o usufruto recai sobre o bem, corpóreo ou incorpóreo.

Se o dono do prédio enfitêutico quer constituir usufruto, não é o usufruto sobre coisa que ele pode constituir: já dispôs quanto ao uso e fruto da coisa. O usufruto é, então, do direito à pensão enfitêutica e

outras prestações que se reputem frutos. Porém o laudêmio não vai ao usufrutuário, que não tem direito de preferência.

2.USUFRUTO SOBRE DIREITOS REAIS E USUFRUTO SOBRE DIREITOS PESSOAIS. O usufruto sobre bens incorpóreos, suscetiveis de propriedade, é usufruto sobre coisa, e não usufruto sobre direito. O usufruto da propriedade intelectual (literária, artística, científica) ou industrial é usufruto sobre coisa, o bem incorpóreo.

Outrossim, o usufruto sobre propriedade industrial. Usufruto sobre direito é outro instituto. Devemos livrar-nos de qualquer má doutrina que tenha o usufruto sobre direitos, *e. g.,* sobre créditos, como usufruto sobre coisa.

Nas fronteiras entre eles estão o usufruto sobre direito documentado, em que o documento é pertença e o -

usufruto é sobre o direito, e o usufruto sobre titulo endossável, ou ao portador, em que o usufruto é sobre o titulo, a cártula, em que o direito se incorpora.

Quanto ao usufruto de coisas consumíveis, inclusive as destinadas à alienação, apresenta ele a particularidade da transferência do domínio; mas verdade é que o direito real se constitui e o objeto é a coisa devida, embora inserta no patrimônio alheio e inidentificável, e pelo que lhe é devido o usufrutuário tem as pretensões e ações reais. No concurso de credores e na falência, o quanto é bem alheio que está na massa.

3.PRESSUPOSTOS PARA A CONSTITUIÇÃO DE USUFRUTO DE DIREITOS. Os requisitos principais são ser *usufrivel* e *transraisMvel* o direito. O direito real de uso e o próprio usufruto não são suscetíveis de usufruto; porque são intransmissíveis. Outrossim, o direito real de habitação. Mas é suscetível de ser objeto de usufruto o direito ao exercício do usufruto. Quem constitui usufruto transfere algo do que tem, algo do que pode

quanto à coisa ou ao direito. Os bens inalienáveis, impenhoráveis, ou ingraváveis não podem ser objeto de usufruto. O direito de servidão somente pode ser gravado de usufruto se o é o prédio dominante (G. PLANCK, *Kommentar,* III, *2, 666).* Se, irs *casu,* é transmissível o direito de retrovenda (Código Civil, arts. 1.140-1.148), pode ser objeto de usufruto (O. WAItNEYER, *Kommentar, li,* 269). O que pode ser alienado e permite uso e fruIção é suscetível de ser objeto de usufruto.

O direito de usufruto sobre direitos contém o de colher os frutos, diretamente, se o direito gravado o contém. Se o direito gravado contém o de ter posse, o usufruto recebe-o (J. BinMANN, *Saehenrecht,* 377; (1. PLANCK, *Komment ar,* III, *2, 667).* Se o direito é absoluto, as pretensões e ações, que dele se irradiam, passam ao usufrutuário (J. BIERMANN, *Sache nreeht,* 877).

Para a constituição do direito de usufruto sobre direitos, é preciso que se observem as regras jurídicas sobre os pressupostos, ainda de forma, concernentes à transferência do direito gravado. Assim, a constituição de usufruto sobre direitos reais limitados tem de observar as regras jurídicas que incidiriam se estivesse a transferir o direito real limitado de que se trata, *e. g.,* o art. 134, II <Lei n. 1.768, de 18 de dezembro de 1952).

A renda sobre imóvel, real (Código Civil, arte. 749-754), e a renda sobre imóveis ou móveis, pessoal (arts.

1.4241.481), pode ser gravada de usufruto. O direito do credor hipotecário. ou pignoratício, o do credor anticrético, o simples direito de crédito ainda se sem garantia, podem ser gravados de usufruto. Os direitos de sócio, se transferível a ação, ou a quota <*e. g.,* quota em sociedade de responsabilidade limitada), também.

Observe-se, porém, que o direito hipotecário, o pignoratício e o anticrético somente podem ser gravados com o crédito que eles garantem (O. WARNEYER, *Koinment ar,* II, 270).

Os direitos de família são ingravaveis. Também não se podem gravar os direitos de personalidade, ainda quando rendam.

Quanto à forma, já dissemos~ que o negócio jurídico dê constituição de usufruto sobre direito há de obedecer ao que se estatui para os atos de transferência do próprio direito. Por exemplo: o usufruto da cédula hipotecária, com o endosso, se nominativas, e a entrega da cédula, ou, pelo acordo de constituição e a entrega, se ao portador (Decreto n. 169-A, de 19 de janeiro de 1890, art. 18, § 2. Decreto n. 370, de 2 de maio de 1890, art.

311) ; o usufruto do crédito hipotecário, segundo as regras jurídicas concernentes à constituição da hipoteca, porque, de outro modo, só se constituiria usufruto sobre o crédito sem a garantia hipotecária.

*4.* USUFRUTO SOBRE DIREITOS, CONSTITUÍDO PELO NÃO-TITULAR.

Se o constituinte não tinha crédito sobre que constituísse usufruto, disse transferir poderes que não tinha. Não há nulidade do negócio jurídico, nem anulabilidade, mas *me Iicácia.* Na cessão por titulo oneroso, o cedente, ainda que não haja pacto ou cláusula a respeito, fica responsável ao cessionário pela existência do crédito ao tempo em que lho cedeu (Código Civil, art. 1.073, 1.a parte). A mesma. responsabilidade lhe cabe nas cessões a titulo gratuito, se tiver procedido de má fé (art. 1.072, 2.a parte). Dá-se o mesmo em caso de constituição de usufruto sobre crédito.

A boa fé do outorgado sOmente tem relevância se, a propósito da alienação do direito, pode haver aquisição pela posse de boa fé, tal como a respeito de títulos cambiários e cambiariformes. Adquire usufruto do crédito hipotecário o outorgado que adquiriria a hipoteca, ou o domínio, se de constituição de hipoteca ou de transferência de domínio se tratasse, O art. 530, 1, do Código Civil tem toda a importância que mostramos no Tomo XI, §§ 1.212-1.263. O endossatário-usufrutuário do titulo cambiário ou cambiariforme é protegido segundo o direito cambiário ou cambiariforme.

Se o direito já estava gravado com outro direito, o usufruto sofre a preferência a favor de tal direito. Se o objeto do direito é bem imóvel, o registro é que determina a preferência. Se é de bem móvel que se trata, o direito que antes se constituiu só foi constituído com a entrega do bem e só persiste com a posse pelo outorgante, de modo que a entrega ao usufrutuário exclui qualquer preferência que acaso existia. Se é de crédito que se cogita, ainda se tem de raciocinar em termos de a entrega do documento ser do titulo, uma vez que, no tocante às cessões de direito, o art. 1.070 do Código Civil estabelece que, "ocorrendo várias cessões do mesmo crédito, prevalece a que se completar com a tradição do crédito cedido".

5 DETRação E USUFRUTO SOBRE CRÉDITOS. O credor que vai constituir usufruto sobre o crédito, inclusive por detração, percebe frutos civis e usa o crédito, como se, com file, presta caução, ou apenas reforça o seu prestigio comercial, e é com êsse uso e essa fruição do crédito que compõe o usufruto, que outorga. O que aqui se passa é diferente do que se nota no usufruto constituído pelo enfiteuta. O credor é titular de direito; porque tem uso e fruição, os sistemas jurídicos permitiram que, mediante restrição ao conteúdo do direito de crédito, se compusesse a figura do usufruto sobre crédito. Por onde se vê que se Introduziu a categoria jurídica do direito real de usufruto a respeito de direitos pessoais como se introduzira a categoria jurídica do direito real de penhor a respeito de créditos.

Há, porém; direitos pessoais que não podem ser objeto de usufruto, O locador pode estabelecer usufruto sobre o seu crédito de alugueres, e o locatário, sobre o seu crédito contra o sublocatário; mas o uso e fruição da locação mesma não pode ser objeto de usufruto, porque o conteúdo do usufruto esvaziaria o conteúdo da locação e, mais do que isso, *tiraria* à locação o que a locação *mIo contém.* Transferência da locação e sublocação são outras coisas, como são transferência da enfiteuse ou do exercício da enfiteuse.

Quando o dono do bem o dá em locação antes de constituir o usufruto, não é o crédito de locador que ele submete a usufruto, mas a coisa mesma. Se o dono do bem entende constituir usufruto sobre o seu crédito de locação, o usufrutuário não passa a ser o locador, como acontece no caso de ser constituído o usufruto sobre a coisa locada. Por isso mesmo, finda a locação, extingue-se o usufruto. Se foi constituído sobre a coisa, o usufrutuário insere-se no lugar do dono, como locador, e, findo o contrato, é ele quem o pode prorrogar, renovar o contrato, ou dar por extinta a locação. Quando o dono do bem, depois de constituir o usufruto, enfiteutica o bem, o usufrutuário passa a ficar em relação com o enfiteuta, e não com o dono. O dono constituiu a enfiteuse com *abc,* embora o conteúdo do direito já estivesse desfalcado de bo, de modo que, findo o usufruto, *bo* volta à enfiteuse, e não ao domínio.

## § 2.294. Conteúdo do usufruto sobre direitos

1. USO E FRUTOS. A natureza do direito sobre que recai o usufruto é que lhe determina o conteúdo. Se o usufruto é sobre direito a *vroventoa* do direito gravado, quer se trate de frutos quer de outras vantagens do uso, abrange todos os proventos que teria o titular do direito se usufruto não houvesse constituído. Isso não pré-

exclui que se dê usufruto de menos (proventos menos provento *a,* ou menos proventos a e *b).* O que o usufrutuário percebe a mais é restituível, porque do excesso não adquire a propriedade, salvo se a maneira de exploração ou colheita é tal que se tem de pesar, medir ou contar depois da retirada ou desfruto.

Se o usufruto tem por objeto pretenses, como pretensões a juros, rendas, ou prestações em natureza, com a constituição do usufruto elas se transmitem ao usufrutuário, mas tem de ser atendido o que se estatul no art.

1.069 do Código Civil, quanto à eficácia em relação ao devedor. Se o

devedor paga ao constituinte do usufruto, ou seu sucessor, antes de ter conhecimento da outorga do usufruto, ou, se, no caso de notificação de duas ou mais outorgas, paga ao outorgado que se apresenta com o titulo da constituição do usufruto, fica desobrigado (cf. Código Civil, art. 1.071).

O devedor pode opor ao usufrutuário as exceções que lhe competiam contra o constituinte do usufruto no momento da constituição (Código Civil, art. 1.072>.

2.CONTEÚDO DO USUFRUTO SOBES CRÉDITOS. Quanto ao *usufruto sobre créditos,* especialidade do usufruto sabre direitos, ou o crédito é com interesses ou é sem interesses. a) Se o crédito produz interesses, os proventos são esses. *b)* Se os não produz, tem o usufrutuário o poder e dever de cobrá-lo e, se o vencimento depende de interpelação, para interpelar o devedor. Tanto o usufrutuário como o devedor podem compensar?

Não; só o devedor e o credor poderiam. Devedor não pode compensar contra usufrutuário de crédito (G.

PLANCK, *Komineni ar,* III, 2, 676; O. WÂRNEYER, *Kommentar,* II, 272; K. MAENNER, *Das Sackenrecht,* 303; sem razão: J. BIERMANN, *Saehenrecht,* 384; MARTIN WoLFF, *Lehrbuch,* III, *2,* § 121, nota 1; II.

DERNEURO, *Das Bilrgerliche Recht,* III, 631; W. TuE

NAU-K FÕRSTER, *Das Liegenschaftsrecht,* 1, 617), nem usufrutuário de crédito contra devedor (O.

PLÂNCK, *Kommentar,* III, 2, 676; O. WARNEYER, *Komment ar,* II, 272; sem razão, J. BínMÀNN, *Sachenrecht,* 384; F. KRETZSC.HMAR, *Das Sache* iv *recht,* 382).

O poder de cobrar o crédito não envolve ato de disposição do capital. O erro de MARTIN WoLFF *(Lehrbuch,* III, *2,* § 121> e outros foi evidente: dispõe ele do que é objeto do *seu* direito, e recebe objeto para *seu* direito, não dispõe do objeto *do crédito.* Por isso mesmo tem o usufrutuário, que recebe, de cuidar devidamente do que cobrou, não perante o constituinte do usufruto, mas *erga onmes* (= perante quem quer que, no momento, seja proprietário do objeto do crédito).

Com o pagamento ao usufrutuário, dá-se sub-rogação do usufruto, porque, então, *Res succedit in locum rtominis.* Sub-rogação dupla: do crédito, pelo que foi prestado; do usufruto de crédito, pelo usufruto de

coisa.

Se o crédito é prestação de propriedade ou direito que dependa de acordo de transmissão e registro, o usufrutuário é legitimado a todos os atos necessários à eficácia de transferência. Se o usufruto é *legal,* o registro apenas é necessário para a regularidade histórica do livro fundiário (O. PLANCK, *Komsentar,* III, *2, 677;* J.

BIERMANN, *Sachenrecht,* 385; W. TURNÂU-K. FORSTER, *Das Liegensehaftsrecht,* II, 632; sem razão, E.

DERNEURG, *Das BUrgerliche Rechi,* III, 632). *Aliter,* se o pagamento é feito ao titular do titulo gravado, porque, então, o usufrutuário tem pretensão contra o titular do titulo gravado, se o devedor se não liberou com êsse pagamento. A sub-rogação se opera se o devedor paga ao credor, por ignorar o usufruto (MARTIN

WoLFF, *Lehrbuch,* III, *2,* § 121, 1, *in une;* sem razão, G. PLANCK, *Komment ar,* III, 678). Os exemplos esclarecem bastante a divergência. B comprou o prédio a A, instituiu herdeiro o filho D e legou o usufruto da herança à viúva C. O registro a favor de D, se A conhecia a instituição, dá usufruto de crédito a favor de O, não, ainda, o usufruto da Coisa. Se não a conhecia, a sub-rogação opera-se.

O usufrutuário de crédito de que fluem interesses adquire o direito aos interesses. Desses dispõe ele como queira. Quanto ao capital, dele somente pode dispor o credor (titular do direito de crédito gravado), com o *assentimento* do usufrutuário, se há sub-rogação, ou com o seu *consentimento,* se não há sub-rogação do usufruto sobre crédito em usufruto de coisa. O devedor que conhece a constituição do usufruto só ao credor *e* ao usufrutuário pode pagar o capital. Qualquer deles pode exigir o pagamento ou a consignação a favor de ambos. Quando depende de interpelação a exigibilidade do crédito (não dos juros!), o credor e o usufrutuário têm de proceder conjuntamente, ou qualquer deles, com citação do outro, para integração de litisconsórcio (Código de Processo Civil, art. 88>. A interpelação feita pelo devedor, que conhece a constituição do usufruto, somente tem efeito se dirigida ao credor e ao usufrutuário. É admissível a interpelação pelo credor, ou pelo usufrutuário, só, em seu nome e em nome do outro (O. WARNEYER, *Kommentar,* II, 273; G. PLANaR, *Kornmentar,* III, *2,* 682). No direito alemão, a interpelação tem de ser *conjunta* (Código Civil alemão, § 1.077, alínea 2.8), de modo que a doutrina tem entendido que não se permite que uma se faça agora e outra depois (J.

BIERMANN, *Saehenrecht,* 388; F. KItETZSCEMAR, *Das Sachenrecht,*

384; discordante, G. PLANCK, *Kommentar,* III, *2,* 682). No sistema jurídico brasileiro, não há essa exigência de serem conjuntas as interpelações: eficazes são ambas, após a segunda interpelação. Deve-se interpretar que se interpelou para se dar, depois, a integração.

Se credor e usufrutuário recebem o que era devido, sustenta-se, em direito alemão, que se dá composse do que foi prestado *(e. g.,* O. WÃRNEYER, *Kommentar,* II, 273; MARTIN WOLFF, *Lehrbuch,* III, *2,* § 121, III); mas sem razão. Nem se estabelece compropriedade, nem composse. O que ocorre é que há duas posses, a do proprietário (posse própria) e a do usufrutuário (posse de usufruto), que é imediata e em composse com o proprietário se ambos guardam a coisa, ou a mediata de usufrutuário e a de depositário. Se há depósito em banco, ou com terceira pessoa, também não há pensar-se em composse: há a posse própria do proprietário, a posse mediata de usufrutuário e a posse imediata do depositário, quem quer que seja. O usufrutuário adquire usufruto de coisa, em vez de usufruto sobre crédito.

Os créditos garantidos por hipoteca, anticrese ou penhor são créditos sobre os quais recai o usufruto; e êsse usufruto se submete aos princípios acima expostos. É de interpretar-se que o usufruto sobre Esses créditos apanha os direitos reais de garantia (Código Civil, art. 716), porque, ai, a hipoteca, a anticrese ou o penhor é direito *acessório* de outro direito.

Os próprios direitos mutilados (sem pretensão ou sem ação) e as pretensões mutiladas (sem ação) podem ser objeto de usufruto. As próprias pretensões prescritas.

3.IDENTIDADE ENTRE FIGURAS, NO USUFRUTO SOBRE CRÉDITOS. (a> Se, após a constituição do usufruto, o devedor sucede, entre vivos ou a causa de morte, ao usufrutuário, ou êsse àquele, compõe-se a figura do *usufruto de divida própria* ou *usufruto sobre a própria divida.* Tal figura ocorre sempre que o cônjuge ou o titular do pátrio poder deve ao outro cônjuge que tem o usufruto, ou ao incapaz, sobre cujos bens tem usufruto. Se o crédito rende juros, teria o usufrutuário de pagar a si mesmo, o que não precisa ocorrer.

Quando tem de prestar o que deve, o usufrutuário sobre dívida própria presta, atribuindo ao credor o capital e a si a posse de usufrutuário (também aqui é absurdo falar-se de composse). Composse somente se configura se o rendimento é comum *(e. g.,* Código Civil, art. 260, 1). Desde o momento em que o usufrutuário sobre dívida própria a solve, opera-se a sub-rogação do usufruto sobre crédito em

usufruto sobre coisa *(Res succedit iri.*

*locum nominis)*.

(b)Se o credor sucede, entre vivos ou a causa de morte, ao devedor, ou vice-versa, depois de estar constituído o usufruto, tal reUnião não prejudica o usufrutuário. Idem, se o usufruto foi constituído após a reUnião das figuras, não estando extinto o crédito.

(c)Se o usufrutuário sucede, entre vivos ou a causa de morte, ao credor, dá-se o *usufruto sobre crédito próprio.*

Enquanto o credor ignora o que se passou, subsiste o usufruto, se por alguma causa não se operou a extinção do crédito.

§ 2.295. Inventário e caução

1.O CÓDIGO CIVIL, ART. 729, E O USUFRUTO SOBRE DIREITOS O art. 729 do Código Civil tanto apanha os usufrutos sobre coisas como os usufrutos sobre direitos e sobre patrimônios.

2.CAUÇÃO PRESTÁVEL PELO USUFRUTUÁRIO DE DIREITOS. O usufrutuário de direitos tem de prestar caução, como o usufrutuário de coisas. Se não a presta, suficientemente, perde o direito de administração, isto é, ou o exerce o próprio constituinte, que lhe entrega o que lhe é devido, ou o juiz nomeia, a requerimento do constituinte do usufruto, ou seu sucessor, quem administre, O art. 730 do Código Civil incide, sem atenuações.

Se ocorre modificação do conteúdo do usufruto, ou tal modificação prejudica, ou não prejudica o usufrutuário.

Na primeira espécie, o usufrutuário tem de consentir (não só assentir).

Para a cessão do direito gravado não é preciso que assinta o usufrutuário.

*§* 2.296. Relação jurídica real, direito, e deveres

1.NATUREZA DA RELação JURÍDICA. A relação jurídica é entre o usufrutuário sobre direito e todos, inclusive quem seja o titular do

direito gravado. Enquanto não tenha conhecimento de que o constituinte, ou seu sucessor, não é o titular do direito gravado, o usufrutuário tem de considerá-lo como tal. A inscrição ou outro registro do direito real, se de direito real gravado é que se trata, por sua *eficácia de pronuncidade,* basta a se ter por ciente o usufrutuário. Se não há registro, ou se o registro, na espécie, não tem efeito de publicação, a *sejentia* pelo usufrutuário tem de ser alegada e provada.

## 2.EXIGÊNCIA DO CAPITAL E USUFRUTO SOBRE CRÉDITO.

O usufrutuário do crédito pode exigir o capital, se ainda vai permanecer o usufruto, porém não adquire, de modo nenhum, a propriedade do bem conseguido com a prestação, sobre o qual só tem o usufruto. Houve opinião contrária, a de F. FERRARA (L‟Usufrutt o dei crediti, *Rivista italiana degU Scienze giuridice,* 38, 107

s.), mas sem razão: negava Me ao usufrutuário o *ins ezigendi.* Credor e usufrutuário podem exigir; êsse, no período de duração do usufruto: o que ele exige é o que, antes de prestado pelo devedor, era objeto da prestação prometida e dava ensejo aos interesses; agora, sem aplicação, não o daria e, a *fortiori,* sem ser prestado. Não se diga, em contraposição a isso, que o usufrutuário somente tem sobre o objeto da prestação usufruto, porque também somente tem propriedade *menos* usufruto. O devedor libera-se satisfazendo a ambos e não a um só. Há litisconsórcio necessário, sem que se possa ver, ai, comunhão entre credor e usufrutuário, erro de G.

VENEZIAN (Dell‟Usufrutto, dell‟Uso e dell‟Abitazione, *Ii Diritto civile italiano,* Parte V, II, 2Y ed., 426 s.; veja, contra, F. MESSINEO, *1 Titoli di credito,* II, □

2 a ed., 281). Qualquer dos dois tem pretensão própria,

emanada de seu próprio direito, de modo que é impertinente falar-se de substituição. O credor tem de ser citado, porque, se o usufrutuário exige sozinho e recebe sozinho, exige e recebe o seu e o de outrem. Se o usufrutuário sozinho exige e recebe, exige e recebe o que é de outrem e o seu. Qualquer dos dois pode pedir a aplicação do que se recebe. O caminho, que tem o devedor, para pagar aos dois, se os dois não recebem conjuntamente, é o do depósito judicial.

A aplicação há de ser tal que haja frutos. O credor e o usufrutuário podem exigir, além de ser frutífera a inversão, que o título se preste a outras operações *(e. g.*, seja titulo incoerente, em vez de simples

documento de direito).

3.INTERVALO ENTRE O RECEBIMENTO E A APLICação DO BEM RECEBIDO. S de perguntar-se se, durante o intervalo entre o recebimento e a aplicação, o objeto prestado, sendo consumível, passa a ser de propriedade do usufrutuário, ou se continua com a natureza do usufruto próprio. O que o usufrutuário recebe é do dono, no tocante ao domínio, e dele, quanto ao uso e à fruxção, com a persistência do direito e do dever de aplicação frutífera, que ambos têm. O direito justinianeu <L. 1, C, *de nau fructu et ha.bitatione fl ministerio servorum,* 3, 38), desatendeu à consistência dos direitos, devido, aí, à destinação; e estranha-se que alguns juristas de hoje ainda pensem em se dar, ai, usufruto impróprio, a despeito da exigibilidade incessada da aplicação frutífera (e. o., GINO GORLA, *L"Ãssegnazione giudiziale dei crediti,* 22 s.). Não se poderia conciliar a dupla atribuição da coisa com a aquisição somente pelo usufrutuário, transformando-se o usufruto próprio sobre crédito em usufruto impróprio sobre coisa. Certamente, no intervalo, já não existe crédito, existe coisa, a coisa prestada; mas essa coisa não pode ser consumida, porque se destina à aplicação frutífera. Se o usufrutuário a gastasse, a consumisse, gastaria, consumiria, o que é de outrem, embora gravada a seu favor.

O mesma raceiocinão cabe se o credor que recebe a prestação. Proprietária é proprietário da coisa, como era credor. Mas proprietário sem uso e fruição.

Se o crédito usufruído é elemento de empresa, a usufruto é sobre a empresa ou estabelecimento, e não sobre a crédito sozinho. A aplicação é somente pelo usufrutuário.

O objeta prestada pode ser dinheiro, coisa consumível, coisa inconsumive!, ato ou omissa do devedor. É fora de qualquer dúvida que o credor e o devedor, juntos ou separadamente, podem exigir o adiniplemento. Em qualquer das espécies possíveis, o credor, que recebe, não se faz dono de propriedade sem gravame, nem o usufrutuário, que recebe, se faz dona do recebido, O dinheiro, que vem às mios daquele, ou da se, fio 4

destinado a alienação; mas à inversão frutífera. Dá-se o mesma com qualquer coisa consumível. Se o recebido foi coisa inconsumivel, seria absurdo que se fantasiasse usufruto impróprio, para simples intervalo, se, tratando-se de usufruto constituído sobre ela, não seria impróprio o

usufruto.

Tem-se trazido a exame a prestação em coisa deteriorável e aberto exercício para essa espécie. Mas sem razão: o usufrutuário, que recebeu, tem os deveres de toda pessoa que tem em seu poder coisas deterioráveis pertencentes a outrem. Se foi o credor que a recebeu, os seus deveres são os mesmos, porque são os deveres de quem guarda bem próprio sobre o qual alguém tem direita real.

Tratando-se de prestação em ato ou em omissão, o ato ou a omissão há de ter aumentado o patrimônio do credor e ser em coisa consumível, ou inconsumivel, ou consistiu em criação de uma ou de outra, ou a omissão mesma alterou o valor de algum bem. De qualquer maneira, o que importa saber-se é *onde (* em que patrimônio) se deu o incremento de vaiar: se na patrimônio da credor, ou no do usufrutuário, ou no de terceiro.

No primeiro caso, o credor tem de prestar ao usufrutuário o que Me percebia, até que se extinga o usufruto. No segundo, a própria aplicação do ato fêz do usufrutuário de crédito usufrutuário impróprio. No último, o terceiro beneficiado eu contraprestação ou o ata 3*4 contraprestação, ou alguém estipulou a favor de terceiro. Se o usufruto continua, quem constituiu o usufruto tem de dar ao usufrutuário o uso e a fruição que o devedor frutava..

*5* 2.297. Intransferibllidade do usufruto sobre direitos

1.PRINCIPIO GERAL DA INTRANSFERIDILIDADE. O art. 717 da Código Civil concerne a quaisquer usufrutos. A exceção que vem no final do art. 717 é só aparente: transferindo-se usufruto sobre direita ao titular do direito, dá-se, de regra, porém não necessariamente, a consolidação (art. 739, V).

2.CESSÃO DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE USUFRUTO SOBRE DIREITOS. O usufruto sobre direitos é intransmissivel, como todos os usufrutos. Mas o exercício dele é cessível (Código Civil, art. 717).

Se a resolução, ou resilição, ou rescisão foi pedida, sem assentimento do usufrutuário, é ineficaz contra ele. Se para o processo foi citado, o usufruto continua sobre o que for *restituído* a quem constituira o usufruto, ou seu sucessor.

Também a renúncia a direito real gravado de usufruto só é eficaz

contra o usufrutuário, se êsse assente; idem, o distrato e a compensação pelo credor, O assentimento é irrevogável.

## *§* 2.298. Extinção do usufruto sobre direitos

1. CAUSAS DE EXTINÇÃO. Extinguem-se os usufrutos sobre direitos nos mesmos casos em que se extinguem os usufrutos sobre coisas (Código Civil, art. 739).

No art. 739, IV, tem-se de ler "extinção do direito gravado em vez de "destruição da coisa, não sendo fungível".

Ai cabem as extinções peculiares ao direito, *e. g., a)* renúncia, *b)* remissão, e) compensação, *d)* distrato, *e)* resolução ou realição, *1)* rescisão, g) ineficacização, mas, nas espécies *a), b), e)* e *d),* há de assentir o usufrutuário. Em *d),* há renúncia.

Cumpre atender-se a que a reunira (art. 739, V> só se opera se o usufrutuário passa a ser titular do direito gravado. ou se esse passa a ser usufrutuário. Se a confuso se dá no tocante ao direito gravado e o crédito se extingue, a extinção <art. 739, IV) não é eficaz contra o usufrutuário, de jeito que esse continua como estava antes de se extinguir o crédito: a relação jurídica é entre usufrutuário e quem era credor ou quem adquiriu o crédito. O usufruto sabre direitos sujeito a termo ou condição extingue-se segundo o art. 739, II.

Em Quaisquer casos, a morte doação da pessoa jurídica (art. 739, 1) anos de que fala o art. 741, faz cessartos está nos que usufrutuário, ou a extinção a expiração dos cem o usufruto sobre direitos INTERESSES DE TERCEIROS. O usufrutuário de direi-aposto às mesmas regras jurídicas de tutela de terceio titular do direito gravado.

## *§* 2.299. Usufruto sobre créditos

1.CONSTRUÇãO JURÍDICA DO USUFRUTO SOBRE CRÉDITOS. Empregada a expressão "créditos" em sentido estrito, tem-se primeiro de perguntar: ~ trata-se de usufruto sobre coisa ou de usufruto sobre direito? Se se entregou o título ou o documento do crédito, para que, recebida a prestação, sobre essa recaia o usufruto, e essa prestação não é outro crédito, o usufruto, que está em exame, é sobre coisa, e não sobre crédito.

Construção que se há de repelir é a que considera o usufruto sobre créditos cessão de crédito, ou cessão parcial (constitutiva) de crédito *(e. g., G.* PUGLIESE, Usufrutto, Uso-Abitazione, *Tratt ato di Diritto Civile* de F.

VASSALLI, IV, Tomo quinto, 660; E. DE MARTINO, Dell‟Usufrutto, dell‟Uso e dell‟Abitazione, *Commentario dei Codice Civile* de A. SCIALOJA e G. BRANCA, Livro III, 209 s.; D. BARBERO, *L‟U8ufrutto e i diritti ai tini,* 121 s. e 127 s.). Quando o dono da coisa constitui usufruto não cede, não transfere

; restringe, por ato de constituição, o conteúdo do domínio, outorga direito ao uso e aos frutos *no futuro:* tal restrição não fraciona a propriedade, nem tira direito, que vê. ao usufrutuário; apenas se afastam do domínio o uso e a fruição, que estavam no conteúdo do domínio e passam a ser os elementos formativos do usufruto. O

locador não cede, ainda parcialmente, o domínio; nem o cede, ainda parcialmente, o dono que constitui o usufruto. Se consideramos uso e fruição direitos, então, foram esses direitos que se cederam, mas êsses direitos seriam conteúdo, e não o domínio, O direito aos frutos é direito que nasce com a produção dos frutos ou com a separação; não é o domínio, nem a enfiteuse. Cessão de direito aos frutos e cessão de direito ao uso não são constituição de usufruto.

2. CÓDIGO CIVIL, ART. 719. Diz o art. 719 do Código Civil: “Quando o usufruto recai em títulos de crédito, o usufrutuário tem direito, não só a cobrar as respectivas dívidas, mas ainda a empregar-lhes a importância recebida. Essa aplicação, porém, corre por sua conta e risco; e, cessando o usufruto, o proprietário pode recusar os novos títulos, exigindo em espécie o dinheiro”. O usufrutuário pode cobrar o capital; se o recebe, recebe-o para o credor e para ele, pelo usufruto. A aplicação ou se faz por decisão do juiz, ou por conta e risco do usufrutuário. É possível, todavia, que o proprietário da coisa prestada e o usufrutuário entrem em acordo. Se a aplicação foi por conta e risco do usufrutuário, ou o proprietário aceita os novos títulos, cessando o usufruto, ou exerce a preclusão pelo que foi prestado.

Se o titulo é de crédito simples, isto é, não é representativo, nem de legitimação, o usufrutuário pode ceder o seu direito ou a pretensão às prestações que tenham por objeto frutos. Não tem a propriedade do título, de modo que o recebimento do capital não é somente para ele. Se recebe o capital, sem que o dono do titulo esteja presente, ou sem procuração desse, é de seu dever depositar, ou guardar a quantia, ou

coisa, como de propriedade alheia.

CLOVIS BEVILÀLQUA *(Código Civil comentado,* III, 273> leu o art. 719 como se nele se conceituasse como impróprio, quase-usufruto, o usufruto de títulos de crédito. De modo nenhum. No art. 719 deram-se ao usufrutuário o exercício da pretensão ("direito" ... "a cobrar") e o direito e dever de emprego do que receber ("a empregar-lhes a importância recebida"). Tal emprego é por sua conta e risco. Os títulos ou outros bens que adquirir sub-rogam-se aos créditos, a que a prestação já se sub rogara, sem qualquer configuração de quase-usufruto. Extinto o usufruto, *ou* o dono do bem usufruído recebe os títulos, *ou,* recusando-os, exige o valor dos créditos, *em dinheiro.* O art. 719 apenas dispensa para a cobrança dos créditos o acordo a que se refere o art.

720 e, em vez de pôr em exame se a aplicação foi razoável, estabelece a opção a favor do dono do bem usufruído, extinto o usufruto (cf. Código Civil do Cantão de Zurique, art. 281). São diferentes as regras jurídicas do Código Civil alemão, *§* 1.077, e do Código Civil suíço, art. 774, alínea 1.8. Naquele, o devedor somente pode pagar ao credor e ao usufrutuário; nesse, também, e logo após se estabelece (art. 774, alínea 3.8) que ambos podem exigir que os capitais sejam empregados em títulos seguros e produtivos de interesses. A doutrina acrescenta que, se não há acordo possível, decide o juiz. CLÓVIS BEVILÁQUA inspirara-se no Código Civil de Zurique, art. 281, mas deixara de prestar atenção a que aquele Código Civil, como o Código Civil suíço, arts.. 773-774, fizera *usufruto próprio* o usufruto sobre crédito (H. LREMANN, Sachenrecht, em M. GMC"R, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbueh,* IV, II, 546 s.), contra a concepção de alguns sistemas jurídicos cantonais anteriores à codificação federal. No Código Civil suíço, art. 775, deu-se ao usufrutuário a *pretensão a transformar em usufruto ira próprio o usufruto próprio,* exercível nos três meses após a constituição negocial do usufruto ou a morte do testador. Não se tem no direito brasileiro essa pretensão, criação dos últimos elaboradores do Código Civil suíço.

O usufruto sobre crédito é usufruto impróprio no direito civil francês.

3.EXTINÇÃO DO USUFRUTO SOBRE CRÉDITOS. As causas de extinção são, em geral, as mesmas que se enumeram a respeito do usufruto sobre coisas, *mutati.s mutarulis.* Extinção do crédito usufruído exceto por solução equivale a perecimento ou deterioração da coisa. O devedor não pode opor ao usufrutuário confusão, compensação, ou remissão. O devedor não se libera da divida se paga por algum daqueles modos. É esse ponto assaz relevante.

Quanto ao não-uso pelo usufrutuário, as prestações de juros ou outro interesse, periódicas, têm o seu prazo de prescrição, que é o do art. 178, *§* 10, III, do Código Civil. A pretensão à prestação do capital também prescreve, se não foi exigida em tempo. Ali, há não-uso; aqui, prescrição da pretensão ao capital, o que não se confunde, de maneira nenhuma, com a extinção pelo não-uso pelo usufrutuário. Se o crédito não se extinguiu, ou não prescreveu a pretensão ao capital, há exigibilidade do capital e fluência de interesses, embora prescritas pretensões, anteriores, a interesses.

A prescrição que dá ensejo a extinção do usufruto é a prescrição da ação real do usufrutuário. O que se há de examinar é a relação entre o usufrutuário e o credor constituinte do usufruto ou seu sucessor; a extinção do crédito é causa de extinção do usufruto, em lugar do perecimento ou deterioração da coisa, e isso de modo nenhum se identifica com a extinção do usufruto por prescrição.

A prescrição de que se fala no art. 739, VI, do Código Civil é a prescrição das pretensões reais contra o dono do bem usufruído, o que não só o dono do bem usufruído pode alegar. Não importa se o objeto do usufruto é coisa, ou direito: o usufruto é direito real e reais as pretensões, ainda que recaia em direito pessoal. A prescrição é a prescrição das pretensões e ações reais. Dissemos acima que não só o dono do bem usufruído na espécie, do crédito pode alegar a prescrição e, pois, a extinção do usufruto. O usufruto é direito real. A prescrição é exceção, que só o sujeito passivo da relação jurídica pode alegar. Mas, a propósito do usufruto, a léi elevou à categoria de causa de extinção a prescrição, de jeito que temos: extingue-se o usufruto se prescreverem as ações reais. As ações reais não são só as ações reais contra o dono da coisa ou credor do crédito usufruído; mas a prescrição das ações reais do usufrutuário contra o dono da coisa, ou o enfiteuta, ou o credor, é prescrição, que, pela lei, opera a extinção do usufruto, o que somente pode ser *erga onjnes.*

Se o usufrutuário adquire o crédito usufruído, ou se o credor adquire o usufruto, tratando se de crédito que se extinga pela confusão, sem ser necessário ato de cancelamento de registro, dá-se a consolidação da situação jurídica do credor: é como se o credor e o usufrutuário houvessem distratado o negócio jurídico obrigacional, de que resultara o usufruto. Uso e fruição passaram ao credor, cujo crédito, devido à confusão, não mais é gravado de usufruto.

Se o usufrutuário sucede ao devedor, não há extinção do usufruto, nem, tão-pouco, do crédito. Ao ter-se de prestar o prometido, o credor tem a nua propriedade da coisa usufruída; o usufrutuário, que u ou

teve paga por outrem a sua dívida, é usufrutuário do que foi prestado (normalmente, depositado) até que se extinga o usufruto.

§ 2.300. Usufruto sobre titulas

1.USUFRUTO SOBRE TÍTULOS NOMINATIVOS NÃO-ENDOSSÁVEIS. Se o direito se incorporou em titulo nominativo não suscetível de endosso, os pressupostos para a constituição do usufruto são os mesmos que para a transmissão do título. O usufruto é sobre o direito e sobre o titulo (cânula), devendo-se lembrar que: a) nos títUlos nominativos não-endossáveis, os direitos que deles constam não se adquirem nem se perdem porque se adquiriu ou se perdeu a propriedade da cártula; i» nos títulos nominativos endossáveis, o endosso é manifestação de vontade de transmitir direito e titulo.

Se nasce o direito de usufruto sobre o direito incorporado nasce o usufruto sobre o titulo incorporante. Quem possui só o titulo não pode constituir usufruto.

2. USUFRUTO ENDOSSO TÍTULOS A ORDEM. Nos títulos endossáveis dá-se incorporação do direito, mas a lei da circulação muda, devido à concepção do próprio titulo incorporante, que é endossável. O usufruto constitui-se mediante endosso-usufruto e entrega do titulo ao endossatário. O acordo sobre a constituição do usufruto pode ser no endosso, ou no negócio jurídico subjacente. Se inserto no endosso, tal negócio jurídico abstrato entra na cadeia dos atos de transmissão peculiar ao titulo. Se não inserto, apenas é eficaz entre os figurantes. A entrega do titulo pode ser simples, *longa manu, brevimanu,* pelo constítuto possessório, ou pela cessão da pretensão à entrega. Quem, sem direito, possui o titulo e está legitimado, formalmente, pela cadeia ininterrupta dos endossos, pode constituir usufruto por endosso e o adquirente de boa fé adquire o usufruto.

Os títulos à ordem também são suscetíveis de usufruto, constituído entre vivos, mediante acordo de constituição e endosso seguido de tradição. A falta do acordo de constituição deixa endosso e tradição como elementos de transferência do domínio do titulo; a falta do endosso impede que se transfira o domínio do titulo, ou, a *fortiori,* se constitua o usufruto.

O usufruto do título endossável tem de constar de endosso com acordo de constituição, seguidos de posse.

Endosso e acordo de constituição significam: endosso-usufruto, como há o endosso-

-penhor. Sem endosso não há usufruto; com endosso, pode haver usufruto e mais do que usufruto. Quem acordou em ter usufrute e recebeu o título endossado, é usufrutuário, ainda que possa passar a proceder como dono do título. (Alguns juristas querem o endosso aos dois, dono e usufrutuário, *e. g., G.* PUCLIESE, Tjsufrutto, Uso-Abitazione, *Trattato de Diritto civile italiano*

de E. VASSALLI, IV, 5, 681, cf. F. FERRARA JUNÃOR, *La Girata,* 236 s.).

Se foi legado o usufruto do título, estando o titulo endossado ao decujo, a tradição ao usufrutuário é entrega do legado e pode eles. com o documento da aquisição, *mais endosso* pelo inventariante ou pelo herdeiro, exercer os direitos de usufrutuário. Mas o devedor que solvesse ao legatário não estaria liberado porque *sabia que luZ*

*donos* (herdeiros ou legatários do titulo> e usufrutuário.

Se o dono do titulo endossa o titulo e da história desse não consta o usufruto, o usufruto só se pôde opor como exceção do usufrutuário ao constituinte do usufruto.

3.USUFRUTO SOBRE TÍTULOS AO PORTADOR E TÍTULOS ENDOSSADOS EM BRANCO. O titulo ao portador e o titulo endosso em branco circulam como coisas móveis, tendo, todavia, lei especial de circulação (principalmente, os títulos cambiários e cambiaformes). Só há, para a constituição do usufruto, o *acordo de constitzaçdo* e a entrega do título, quer por tradição simples, quer por tradição *longa.manu,* que,r por tradição *brevi rnanu,* quer pelo constituto possessório, quer pela cessão da pretensão à entrega. Quem entrega titulo ao portador ou titulo endossado em branco, em usufruto, não se faz compossuidor, Orro grave em que alguns juristas alemães incorrem, apenas transmite a posse de usufrutuário, como acontece a quem entrega, em usufruto, coisa volúvel não-consumível. O usufrutuário do título ao portador ou endossado em branco tem usufruto e posse imediata do titulo. Essa posse se estende aos títulos anexos de juros ou cupões (ditos cupões porque são contáveis para entrega e recebimento dos juros). E pode mediatizar-se. o usufrutuário dos títulos ao portador ou endossadOs em branco e o proprietário podem acordar em que se depositem em algum estabelecimento e qualquer deles o pode exigir se não há caução suficiente. Uma vez

depositados, nenhum dos dois os pode retirar sem consentimento do outro. Isso de modo nenhum os converte em possuidores mediatos de mão comum, como parecia a MATEUS WOLFY *(Lefi~rbuck,* III, 2, § 122, III, 2). Há três posses: a do proprietário, posse própria; a do usufrutuário; a do depositário. Aquelas, mediatas de grau diferente; essa, imediata. Quanto aos cupões, vencido um, pode retirá-lo o usufrutuário, porque do cupão não é possuidor o proprietário do titulo, desde que se vence.

O usufruto de títulos ao portador é usufruto sobre coisas, e não sobre direito; porque, nos títulos ao portador, á.

Cártula vem à frente do direito: quem adquire a cártula adquire o crédito, ou outro direito, que nele se incorporou: não se adquire o direito, se não se adquiriu a cártula,

A aquisição da propriedade dos títulos ao podador é segundo os princípios que foram expostos, a respeito dos bens móveis, com particularidades concernentes à reivindicação. É preciso o acordo de transmissão; e a posse transmite-se por um dos modos de se transferir posse (tradição simples, tradição *brevi manu,* tradição *longa manu,* constituto possessório, cessão da pretensão à entrega).

O usufrutuário precisa da posse, porque sem ela não pode usar e fruir (nem se legitimaria diante do subscritor).

Os modos de adquirir a posse de usufrutuário são os mesmos de adquirir a posse própria ou de proprietário. Em vez do acordo de transmissão, que está a base da transferência da propriedade, há o acordo *de* constituição .

Quanto aos negócios jurídicos a causa de morte, os princípios são os mesmos para se adquirir o domínio e para se adquirir *o* usufruto.

o usufrutuário do titulo ao portador tem *direito a posse,* como tem direito à posse o adquirente do domínio.

Se o dono do titulo ao portador, que, sem entregar a posse, constituiu usufruto, constitui outro usufruto, entregando a posse, usufruto *eficaz* é o usufruto com a posse, tal como acontece com duas transmissões de propriedade do imóvel se a segunda foi registrada por não o ter sido a primeira. Aliás, é o que também se observa com duas constituições de usufruto sobre a mesma coisa móvel, se só ao outorgante da segunda se entrega a posse. Todavia, no direito brasileiro, é preciso atender-se a que, se o dono atribuirá. a posse ao primeiro usufrutuário, depois o

esbulhou e a entrega ao segundo usufrutuário, há *vindicatio usual 7-uctua,* proponivel pelo primeiro. No tocante aos títulos ao podador, dá-se o mesmo; porém casos há em que a *vindicatio* ususfructut persiste ao primeiro usufrutuário, em se tratando de coisa móvel, e não em se tratando de titulo ao portador. Para os conhecer, de nada mais se precisa do que se lembrarem OS princípiOs que regem a transferência dos títulos ao portador e a das coisas móveis em geral.

Tem-se escrito (e com que insistência!) que o usufruto dos títulos ao portador não exige a transmissão da posse.

É de toda pertinência repelir-se tal asseveração. Ao acordo de transmissão é preciso que se siga, ou haja precedido a tradição, para se adquirir a propriedade; ao acordo de constituiçãO, também. Acordo de constituição sem entrega da coisa usufruía é como o acordo de transmissão da propriedade sem a entrega da coisa alienada. Com o acordo de constituição, o usufrutuário *pede* a posse: o direito *real* de usufruto só então se irradia. A posse é elemento do suporte láctico da constituição *real* do usufruto como é da transferência *real* da propriedade mobiliária.

A discussão em termo de ser próprio ou impróprio o usufruto sobre títulos ao podador ou endossados em branco seduziu povos que estimam discursar sobre direito. Desde que o usufrutuário dos títulos ao portador ou dos títulos endossados em branco está ou ainda está de posse dos títulos usufruídos pode aparecer (inculcar-se ou ter a aparência) como proprietário deles, porque da cártula nada consta. É legitimado ao recebimento do capital e à percepção dos interesses (juros, dividendos, etc.). Não se distinguem, lá fora, a posse própria e a posse de usufrutuário, se ç próprio usufrutuário não o proclama. O subscritor, ou emissor, tem de pagar o débito (Código Civil, art. 1.505) à apresentação do titulo. Cumpre, porém, que se não confundam *legitimação* e *titularidade do direito.*

Todas as posses são indistinguíveis se não se têm dados sobre a sua espécie. O usufruto de títulos ao portador pode ser ignorado do público e, pois, do subscritor ou emissor. Mas entre o dono do titulo e o usufrutuário as relações jurídicas de domínio e de usufruto são, provavelmente, conhecidas de ambos; e, ainda que o não fEssem, se existem, não é indiscernibilidade da posse que as há de apagar. Quem é usufrutuário de titulo ao portador ou endossado em branco e o aliena como dono comete crime. Qualquer usufrutuário de coisa móvel inconsumivel pode usar e fruir a coisa; se, por ter a posse, a aliena, transmite posse própria, *que mio tem,* e para transmiti-la necessariamente esbulhou o dono da coisa. Exatamente o mesmo é o

que se passa no que concerne aos títulos ao portador e endossados em branco.

O portador, usufrutuário do titulo ao portador ou endossado em branco, que recebe o quanto da dívida, recebe o que é *devido* ao dono do titulo *mais* o uso e fruição a que *tem direito.*

É possível que, ao constituir o usufruto do titulo ao portador ou endossado em branco, o dono tenha considerado consumível o titulo, por se tratar de título destinado a alienação (Código Civil, art. 51, *in tine).* AI, sim, a figura é outra. O acordo de constituição foi acordo de constituição de usufruto impróprio. Os figurantes é que podem apreciar se, fora dos interesses, os títulos ao portador ou endossados em branco são *úteis,* acima de tudo, como meios de obtenção de crédito, ou de especulação em bolsa ou mercado, ou de formação de maiorias em assembléias gerais ou extraordinárias de sociedades por ações.

A permissão de fazer circular o objeto do usufruto, no sistema jurídico brasileiro, imprime-lhe o caráter de consumível segundo o art. 51, 2.8 parte ("... sendo também considerados tais os destinados à alienação").

Atendendo-se aos arts. 726 e 51, 2ª parte, tem-se por principio que a consumibilidade é imprimivel pelos figurantes do acordo de constituição do usufruto. Se o constituinte, com o consentimento do outorgado, permitiu que se destinasse à alienação o titulo ao portador ou endossado em branco, é óbvio que se torna consumível, conforme o art. 51, 2ª parte, o objeto do usufruto, o que determina a incidência do art. 726.

A regra é não ser de considerar-se consumível o titulo ao portador ou endossado em branco, ainda que, no ato de constituição, não se haja individuado o título. Conferindo consumibilidade ao título, o constituinte despoja-se de direitos que teria como proprietário.

Tratando-se de títulos ao portador ou endossados em branco *representativos* (Tomo XV, §§ 1.765, 1, 1.821, 1.852-1.832), também não se pode preestabelecer que o usufruto, sempre, seja próprio, uma vez que há coisas deterioráveis representadas, e seria absurdo não se permitir o usufruto impróprio. Também aqui tudo depende do acordo de constituição, devendo-se atender a que as coisas destinadas a alienação se tornam, conceptualmente, consumíveis, sendo as coisas deterioráveis coisas por sua natureza destinadas à alienação ou ao consumo imediato.

Resta saber se o usufruto sobre títulos representativos é sobre o título ou sobre a mercadoria ou coisa representada.

O titulo ou serve à transferência do domínio ou ao penhor. Aquele, em caso de usufruto, mal *recobre* a coisa que se transfere; êsse é titulo de crédito, que há de ser tratado como titulo de crédito. Mas o usufruto do título representativo é usufruto de titulo, e não da coisa (sem razão, E. MESSINEO, *1 Titoli di credito,* 1, 98), pois que o titulo a *representa.* Seria bem difícil, e embaraçante, construir-se isso com os conhecimentos de depósitos e as mercadorias "misturadas" nos armazéns gerais *(e. g.,* Lei n. 1.102, de 21 de dezembro de 1903, art. 12; Tomo XV, § 1.827).

O dono do titulo ao portador e o do título à ordem não ficam privados de alienar os títulos: Trata-se de transferência da posse mediata, o que independe de qualquer ato do usufrutuário. Teorias da posse já superadas desviam da solução acertada a doutrina de outros povos. Para se alienar o titulo ao portador, cuja posse imediata está com o usufrutuário, ou com o depositário, ou outrem, não precisa o dono de retomar ou tomar a posse imediata de qualquer desses possuidores e proceder à tradição aos dois, ao possuidor próprio adquirente e a possuidor imediato não-próprio. Pode dar-se, até, que o titulo tenha sido depositado pelo usufrutuário, que também se mediatizou.

Em todas essas matérias, tem-se de atender à precisão do sistema jurídico brasileiro a respeito das diferentes posses e à construção das posses mediata, imediata e mediatizada, com que se alcança o máximo de rigor em doutrina da posse.

Sempre que algum problema surge, de mais não se há mister do que de consultar-se o Tomo 1.

Diz o art. 720 do Código Civil: "Quando o usufruto recai sobre apólices da divida pública ou títulos semelhantes, de cotação variável, a alienação deles só se efetuará mediante prévio acordo entre o usufrutuário e o dono". Se o usufruto tem por objeto títulos nominativos ou à ordem ou ao portador, trate-se de títulos de divida ou de títulos de sociedade ou comunhão, o que importa, primacialmente, saber-se é se é *próprio* ou *impróprio* o usufruto. Se o usufruto é impróprio, o usufrutuário pode aliená-los livremente. Tais títulos sOmente podem ser à ordem ou ao portador, pOsto que se possa conceber o usufruto impróprio sabre títulos à ordem ou ao portador, que o usufrutuário converteu, depois, em nominativos, sem deixar de ser impróprio o usufruto. Se o usufruto é próprio, ou a > se entenderia que o dono os pode alienar livremente, desde que

continuassem gravados *(e.* g., deles constando o usufruto), ou *b)* ou que se tornariam inalienáveis sem o assentimento do usufrutuário. Se o titulo endossável foi endossado ao usufrutuário, com a declaração explícita, claro é que o próprio art. 720 não precisaria ser invocado: para endosso a adquirente do titulo teria de haver endosso pelo dono e pelo usufrutuário. Se o título é endossável e o endosso foi~ sem declaração de usufruto, o que se há de entender é que houve constituição de usufruto impróprio. Se do titulo consta o gravame, seja ele à ordem ou ao portador, a solução a) seria normal; a solução b) resulta da incidência do art. 720, para os casos em que a alienação seja *sem gravame.*

4.USUFRUTO DE TÍTULOS CIRCULANTES DE CURSO FORÇADO. Se os títulos são de curso forçado, tratam-se como se fEssem coisas consumíveis, salvo se há destinação especial para que produzam rendas. O

usufruto de quantia em dinheiro é usufruto impróprio e o usufrutuário, convert ido em proprietário, tem dever e obrigação de restituir. Todavia, se o dinheiro é destinado a empréstimos ou a inversões periódicas que se mencionam, o usufruto não é usufruto impróprio: a cada inversão o usufruto sobre dinheiro, usufruto sobre coisa, se torna usufruto sobre crédito, e a cada solução de crédito o usufruto sobre crédito se faz usufruto sobre coisa.

CAPITULO IX

USUFRUTO SOBRE COISAS COLETIVAS USUFRUTO SOBRE PERTENÇAS

*§* t301. Usufruto sobre coisas coletivas

1.COISAS COLETIVAS E PATRIMÔNIOS. Já vimos (Tomo II, § 135) o que são coisas coletivas e coisas singulares, *universitas facti* (§§ 117, 8, 135, 3), *universitas juris* (Tomo II, *§§* 185, 3, e 140, e Tomo V, j 595), e patrimônios (Tomo V, § 595-602>. Os animais que fazem parte do rebanho são tidos como coisas deterioráveis, porque têm vida curta, a utilização os pode tornar imprestáveis ou a velhice os inutilizar.

De regra, se a coisa coletiva é composta de animais que se reproduzem, não se pode pensar que se tenha de submeter o usufruto sobre a coisa coletiva aos princípios concernentes ao usufruto de coisas consumíveis ou deterioráveis.

Deve-se aos juristas romanos a revelação das regras jurídicas básicas sobre usufruto das *universitates rerum.*

Na L. 68, *§* 2, D., *de uau frtwtu et qzcemadmodura quis utatur fruatur,* 7, 1, é de ULPIANO: "Plane si gregis vel armenti sit usus fructus legatus, debebit ex adgnatis gregem supplere, id est in locum capitum defunctorum". Se se legou usufruto de rebanho, ou tropa (armenti), tem o usufrutuário de completar o rebanho com os animais que nasçam, isto 6, em lugar das cabeças que morreram. Na L. 69, POMPÓNÃO alude à substituição dos animais inúteis para que, depois de substituidos, se façam do usufrutuário, e não do dono: o que é substituido pertence ao usufrutuário; os substitutos, ao dono. Na L. 70, 5, 1 e 2, ULPIANO informa que: segundo JULUNO, nascendo animais enquanto ao substituem as cabeças dos que morreram, fica em suspenso a atribuição de propriedade, para se saber se são do dono ou do usufrutuário (Julianus ... scribit pendere eorum dominium, ut, si summittantur, sint proprietarii, si non summittantur, fructuarii: quae sententia vera est) ; morrendo o que nasceu, a perda é do usufrutuário e a carne do feto morto, segundo GAIO CÁSSIO, pertence ao usufrutuário. Adverte ele que tudo isso somente é verdadeiro em se tratando de usufruto de universalidade, e não de usufruto sobre coisa singular, ou sobre coisas singulares (L. 70, § 8). Os animais que nasceram estando completo o rebanho pertencem ao usufrutuário, mas a morte posterior prejudica o usufrutuário (L. 70, § 4). A substituição é faética; e com exatidão disse JULIANO (conclui ULPLANO, L. 70, § 5) que o fato consiste em se aparts.r e separar *e fazer certa divisão,* porque o domínio dos substituintes é do proprietário. O que está em letra grifa parece-nos interpolação (Summittere autem facti est et lulianus proprie dicit dispertire et dividere [et divisionem quandam facere]: quod dominium erit summissorum proprietarii).

ULPIANO apanhou, melhor do que JULIANO, o fato j uridico *atricto sensu* da *summissio* (substituição).

JULIANO ainda pensava em ato jurídico *stricto sensu* e GAIO Ckssio talvez em ato-fato jurídico. A evolução da doutrina na classificação do fato percebe-se na própria L. 70.

No direito brasileiro, que tem o art. 55 ("Nas coisas cole-Uvas, em desaparecendo todos os individuos, menos um, se tem por extinta a coletividade"), e considerou coisa a universalidade (art. 54, cp. Código Civil austríaco,

§ 302), a coisa coletiva é objeto de relação jurídica (CHR. F. MÍYHLENBRUCH, Ober die s. g. *iuri.a* und *facti universitates, Árchiv flir*

*die civili.stische Praxis,* 17, 321-379; L. A. WARNKaNIG, Vber den Begriff und die juristische Wichtigkeit der s. g. *universitates rerura,* 11, 169 s.; O. F. F. SINTENIS, *Das praktische gemeine Civilrecht,* 1, 1ª ed., 436; contra: J. A. FRITZ, *Erlãuterungen, Zusãtze und Berichtigungen,* 1, 174, C. G. VON

WÃdRTn, *Erõrterungen,* 1, 17, um tanto em contradição com *Handbuch,* II, 235).

O art. 54 do Código Civil provém de TEIXEIRA DE FREITAS, que sabia tomar atitudes doutrinárias *(Esbôço,* arts. 360-362, dos quais o último vem a pêlo no momento: "Todas as coisas, ou simples, ou compostas, serão consideradas como singulares e não terão existência como coletivas, senão nos casos em que assim forem expressamente consideradas pelas partes nos atos jurídicos").

(Apenas como nota de passagem, observemos que, a despeito da terminologia de TEIXEIRA DE FREITAS, *Esboço,* arts. 360-362,onde duas vêzes aparece o nome "coisas coletivas", e isso, em 1860, 5. PUGLIESE, Usufrutto, Uso-Abitazione, *Trattato di Diritto Civile* de F. VASSALLI, IV, 5, 606, a atribuiu a livro italiano recente, de alguns anos atrás.)

2.DESTINação ECONÔMICA. Aquela vontade dos figurantes, a que aludia TEIXEIRA DE FREITAS

*(EsbOço,* art. 862), é o conteúdo volitivo da destinação econômica, estética ou histórica. Tratando-se de animais, econômica, salvo a hipótese, raríssima, de universalidade de animais prestes a desaparecer do mundo, do continente ou do país. A destinação econômica tem, nas espécies (coisas coletivas), a função de submeter ao grupo as unidades, ligando-as na *universitas facti* ou *turzs.*

Enquanto o grupo está completo, o que nasce pertence ao usufrutuário; se algum membro do grupo morre, o que ainda está na coisa coletiva se integra na *universitas.* Se falta alguma unidade e nova unidade surge, a inserção no todo é automática; não depende de ato do usufrutuário. *Quid iuris,* se a morte ou inutilização foi posterior ao nascimento de animal que não tinha, no momento, que completar a manada ou rebanho? A literatura dos países em que o usufrutuário só tem a *obrigação* de completar, ainda quando diga ter de substituir os *frutos* que alienou, não nos pode servir.

Se algum dos frutos, isto é, se algum dos nascidos estando completo o

rebanho ou manada, ainda está no rebanho, ou manada, *embora pertencente ao usufrutuário,* passa a fazer parte do rebanho, automaticamente, e portanto a pertencer ao dono da coisa coletiva.

Na L. 70 § *4,* D., *de usu fructu et quemadtnodum quis utatur fr‟uatur,* 7, 1, ULPIANO advertia: se, acaso, ao tempo em que nasceram os fetos, nada havia por substituir-se, tem-se de ver se é com as que vierem a nascer que se substituem as que tenham de ser substituídas, ou com as que haviam nascido; e ULPIANO ficava com a segunda solução: as que nasceram, estando completo o rebanho, pertencem ao usufrutuário, mas a morte posterior prejudica o usufrutuário (puto autem verius ea, quae pleno grege edita sunt, ad fructuarium pertinere, sed posteriorem gregis casum nocere debere fructuario).

Porém há de o usufrutuário prover à integridade da coisa coletiva se alienou as crias quando eram da sua propriedade? A substituição somente pelos que nascem depois foi exatamente o que ULPIANO pôs de lado, preferindo o *prejuízo* do usufrutuário > e não se compreende que tal opinião fEsse a defendida por *G.*

VENEZIAN (Dell‟Usufrutto, dell‟Uso e dell‟Abitazione, *Ii Diritto civite italiano* de P. FIORE, II, ed. MAROí, 394) e D. BAwno *(L‟Usufrutto e i diritti a//mi,* 184 s.). A doutrina francesa já assentara a sub-rogação com os nascidos antes

(3.E. V. PROUDHON, *Traité des Droits d‟Usufruit, d‟Usage, d‟Habitation et de Superficie,* II, n. 1.093 e 1.095; AUBRY e RAU, *Cours de Droit civil,* II, § 236).

Se a produção não dá para encher os brancos, têm de ser insertos os que noutra ocasião nascerem; e, se o usufrutuário percebeu como frutos os que excedia, a cada momento em que algum haja de ser substituido ou o existente, *materialmente,* no rebanho, pOsto que pertencente ao usufrutuário (não-existente, *juridicamente,* no rebanho), substitui o que falta, ou o usufrutuário fica a dever o que alienou. A dívida é até exaurir-se o número dos que adquiriu. A finura de ULPIANO vira que o usufrutuário tinha de sofrer ser prejudicado com a morte posterior, com o *casos posterior:* a‟... posteriorem gregis casum nocere debere fructuario”. A obrigação surge, porque os frutos seriam os que excedessem ao longo do tempo. Se resta uma só unidade, a coisa coletiva extingue-se. É o que resulta do art. 55 do Código Civil. Uma vez que o usufruto era de *universitas facti,* tem-se por destruída a coisa coletiva e extinto o usufruto (art. 789, IV). Não há transformação do usufruto sobre coisa coletiva em usufruto sobre coisa singular, tanto mais quanto na L. 31, D., *quibus medis usus fructus*

*vei uns amittitur,* 7, 4, Pompôlho diz: “Quando se legou usufruto de rebanho e o número de reses do rebanho chegou a tal que não se há de ter como rebanho, perece o usufruto” (Cum gregis usus fructus legatus est et usque eo numerus pervenit gregis, ut grex non inteliegatur, perit usus fructus). A solução brasileira é radicalmente diferente da solução francesa <*e. g.,* AUBRY e RAU, *Cours de Droit civil français,* II, 6. ed., 714; E.

PACIFICI-MAZZONI, *Codice Civile italiano commentato, 1,* 2A ed., 521; O. PALLuCHINI, *L‟Usufrutto dei gregge, 86;* F. DE MARTINO, Usufrutto, Uso e Abitazione, *Commentario dei Codice civile* de A. SCIALOJA e O. BRANCA, III, 184; O. PUGLIESE, „Usufrutto, Uso-Abitazione *Trattato di Diritto Civile* de E.

VAsSALTa, IV, *5,* 612). Aliás, POMPÓNÃO não disse que o usufruto sobreviveria como usufruto de coisa singular, como sugerem alguns juristas italianos; o que ele cristalinamente enunciou foi que o usufruto perece:

“perit usus fructus”.

A *summissio (sub, missio, submittere,* meter por baixo, inserir) deve ser tal que não deturpe o rebanho, ou manada, com animais de raça inferior, nem com as crias defeituosas, nem com animais de sexo diferente, comprometendo a coisa coletiva e a proliferação (3. B. V. PROUDHON, *TraiU des Droits d‟Usufr‟uit, d‟Usage, d‟Rabitation et de Superficie,* II, n. 1.093; recentemente, O. PALLuCHINI, *L‟ Usufrutio dei gregge,* 84 s.; A.CICU e E. BASSANELLI, *Corso di Diritto aggrario,* 208; sem razão, L. BoRSÀiRI, *Commentario dei Codice Civile italiano,* II, 433). Se não foram produzidos animais do sexo dos que têm de ser substituidos, a solução é a troca ou a compra de outros, como medida de boa administração, o que de modo nenhum se pode considerar aquisição automática, pois a inserção operou-se com os elementos *insuficientes.* A sub-rogação posterior é ato de gestão de negócios alheios, mas em nome próprio (ato de disposição e aquisição por conta de outrem).

8.CRIAS DE ANIMAIS E USUFRUTO. Diz o Código Civil, art. 722: “As crias de animais pertencem ao usufrutuário, deduzidas quantas bastem, para inteirar as cabeças de gado existentes ao começar o usufruto”. O

art. 722 corresponde ao direito romano (cf. Código Civil francês, art. 616, 2. alínea:

“Si le troupeau ne périt pas entiêrement, l‟usufruitier est tenu de remplacer, jusqu‟à concurrence du croit, les têtes des animaux qui ont péri”).

A *summissio,* no direito brasileiro, é automática. Não supõe qualquer ato do usufrutuário. É preciso pormos em relevo a diferença e a superioridade do Código Civil brasileiro, art. 722, em relação ao Código Civil italiano, art. 994, alínea 1. (“Sel‟usufrutto é stabilito sopra una mandra o un gregge, l‟usufruttuario é tenuto a surrogare gli animali periti, fino alIa concorrente quantità dei nati, dopo che la mandra o ii gregge ha cominciato ad essere mancante dei numero primitivo”). Não tem o usufrutuário, segundo o direito brasileiro, a *obrigação* a que se refere a lei civil italiana: se dispõe do que devia completar o rebanho, comete ato ilícito absoluto (Código Civil, art. 159), e não *somente* ato ilícito relativo (arts. 1.056-1.058).

O art. 722 do Código Civil evita que se pense em *propriedade suspensa.* Nem existe aí o que dissemos a propósito da propriedade resolúvel (art. 647; Tomo XIV, §§ 1.598-1.601), ou do abandono da propriedade imobiliária (art. 589, III e § 2.0; Tomo 14, §§ 1.605 e 1.606), pois o direito do outorgado após a resilição da propriedade segundo o art. 647 ou do fideicomissário é direito expectativo, real, penhorável, arrestável, seqüestrável, e, se relativo a imóvel, hipotecável.

Durante a *suspensão,* o direito de propriedade *não* . Quando se fala de propriedade sob condição ou termo suspensivo, alude-se a algo que vai ser. “Crédito condicional”, expressão que O. WENDT *(Die Lehre vom bedingten Rechtsgeschãft,* 10 s.) tanto defendeu, ou é crédito cuja eficácia está suspensa (a pretensão ainda não é), ou é crédito que ainda não existe. Direito de propriedade em suspensão, ou propriedade suspensa, é direito ou propriedade que ainda não existe, ou talvez não venha a existir. Faltou a O. WENDT discernir, no seu tempo, o direito expectativo, ou o direito formativo, que lhe dava a ilusão de propriedade suspensa mas existente, o que seria contrassenso. Não se deve, sequer, pensar em fase da relação jurídica, em crisálida, em feto, o que agradou a A. VON SCHEURL e a R. VON JHERING (cf. A. ROEPPEN, *Der Fruchterwerb des* bonae fidei possessor, 199; Orro KARLOWA, *Das Rechtsgeschãft und seine Wirkungen,* 109).

## § 2.302. Usufruto e pertenças

1.RELação DE PERTINENCIALIDADE. POsto que já tenhamos falado das pertenças, a propósito da inteligência do art. 716 do Código Civil,

regra jurídica dispositiva, segundo a qual as pertenças são apanhadas pelo usufruto, *nas circunstâncias de titularidade e ligação em que se achavam* com o dono do bem dado em usufruto, convém precisarmos e desenvolvermos alguns pontos. Sobre as pertenças, cf. Tomos II, §§

132, 2, 139, 2, 143-149, X, § 2.090, XI, §§ 1.182, 5, 1.183.1.189, XII, § 1.371, XV, §§ 1.742, 6, e 1.765, 2, e XVII, §§ 2.021, 2.025, 2.028 e 2.134.

2.BEM USUFRUÍDO E PERTENÇAS. A constituição do usufruto não altera, para mais ou para menos, a situação jurídica do bem de que outros bens são pertenças, nem o direito do dono, que apenas sofre, quanto ao bem usufruído e quanto às pertenças, a *restrição* específica da usufruição por direito real.

Devemos, preliminarmente, evitar a confusão que às vêzes se percebe em alguns juristas entre a relação *externa* de pertinencialidade e a relação *interna* da coisa coletiva. Há relação pertinencial; não há unidade pertinencial.

Após isso, é de toda relevância repelir-se a afirmação de outros juristas que vêem na *extensão* do usufruto às pertenças algo de usufruto impróprio adjeto: o usufrutuário adquiriria, ao constituir-se o usufruto próprio, o usufruto impróprio das pertenças (R. NICoLÔ, Dell"Usufrutto, dell"Uso e dell"Abitazione, *Codigo Civile, Livro delia. Proprietá, Commentario* de M. D"AMELIO, III, 645). Nunca se perca de vista que o art. 716 é *jus dispositivum:* o usufruto não compreende as pertenças se outra foi a vontade dos figurantes ou do figurante do ato constitutivo. Para que, em vez de haver a extensão do usufruto às pertenças, houvesse pré-exclusão de tal extensão, ou transferência da propriedade das pertenças, ou de algumas ou alguma delas, seria preciso que tivesse havido declaração de vontade em contrário. Dá-se o mesmo quanto ao quase-usufruto das pertenças: para que seja próprio o usufruto do bem e impróprio o usufruto das pertenças, teríamos de supor a dualidade de usufrutos, portanto também aí declaração de vontade do constituinte e poder de dispor.

Outro erro que se tem de evitar é o de se considerar empresa o fundo *instructus,* isto é, o fundo com pertenças.

A assimilação não é imposta em lei e a imposição seria, *de jure condendo,* arbitrária.

Tem-se de perguntar se a pertença é consumível, ou inconsumível, deteriorável ou indeteriorável. Seja como fOr, ao usufrutuário toca

conservá-la e repará-la, bem como, em caso de deterioração ou perecimento, substitui-la, mesmo porque, se dono dela não é o dono do bem usufruído, tal dever e tal obrigação cabem a Esse. Se, ao tempo da restituição do bem com pertenças, há diferença, a mais ou a menos, em relação ao que foi recebido, conforme avaliação constante do titulo constitutivo (Código Civil, art. 726, parágrafo único), tem-se de apurar se o dono consentiu na melhoria, ou se não consentiu, ou se o usufrutuário irregularmente exerceu o direito de reparar ou de substituir. As pertenças que faltem, ou estejam inutilizadas, ou em parte deterioradas, têm de ser substituidas, ou pelo valor delas tem de responder o usufrutuário, em virtude do art. 729, *in fiM (verbis* "velar-lhes pela conservação, e entregá-los findo o usufruto), e não em virtude do art. 726. A indenização é subsidiária, e não restitutiva.

O usufrutuário somente pode dispor da pertença, para substitui-la, quando, não sendo ela do constituinte do usufruto, esse teria o mesmo poder.

3.DONO DA COISA USUFRUTUÁRIO DA PERTENÇA. A relação de pertinencialidade pode basear-se ou ter sido reforçada com a relação real do direito de usufruto sobre a pertença. Àquela relação é entre coisas; essa, não: é relação jurídica real.

CAPITULO X

USUFRUTO SOBRE FUNDO DE EMPRESA

*§* t303. Conceito e objeto do usufruto sobre fundo de empresa 1. EMPRESA E USUFRUTO. Supomos conhecido o que se diz no Tomo XV, sobre universalidades, empresa e fundo de empresa (§§ 1.797-1.812). Também supomos que se repeliu assim a concepção da empresa como pessoa, como W. ENDEMANN *(Das deutsche Handelsrecht,* 4.~ ed., 62 s.), O. VON VOLDERNDOItFF, em W. ENDEMANN, *Handbueh des deutschen Mandeis-, See- und Wechselsrechts,* 1, 182) e outros queriam, como a que pretendeu não ver a *entidade* da empresa.

A empresa é o complexo de bens e atividades que toma *lugar* entre os bens e atividades, independentemente dos elementos mesmos que a constituem. Vai longe o tempo em que ainda se podia discutir a atitude negativista de F. FnRARA <*Trattato di Diritto civile,* 812 s.), impermeável à realidade da vida contemporânea. Mas, por outro lado, aparece-nos como regressiva aos fins do século passado a sugestão de

ser a empresa fusão de *universitas rerum* e *universitas personarum (e. g.,* F. CARNELUTrI, *Usucapiorie deila Proprietá industriale,* 37), ousadia de mau gosto.

2.USUFRUTO SOBRE FUNDO DE EMPRESA. Uma das objeções à conceituação jurídica da empresa como *universitas facti* tem sido a de que as coisas que são elementos dela podem pertencer a outras pessoas que o empresário. Acrescenta-se que ninguém pode ser proprietário de *universitas* sem o ser dos seus elementos.

Como quase sempre acontece, os juristas contornam a dificuldade dizendo que a empresa é universalidade *sui generu,* o que é nada resolver. Exatamente aí se exerceu a análise que fizemos no Tomo XV, §§ 1.799-1.812 e 1.822-1.824, especialmente nos §§ 1.799, 2, 1.822, 1, e 1.823, precisando-se que a empresa existe independentemente da personalidade e da pessoa ou pessoas que são donos dela, ou de elementos que se acham no fundo de empresa. É possível que a empresa contenha patrimônio, *universitas iria,* mas de regra contém *universitas facti,* sendo coincidência, por assim dizer-se, conter a empresa *universitas iuris* (que seja sempre *universitas fact* pensam alguns juristas, *e. g.,* A. DE MÃRTINI, *L"Usufrutto d"Á zienda,* 51 s., porém isso desatenderia ao que acontece, embora não tão freqüentemente). O fundo de empresa não se compóe somente de direitos dominicais, também se compõe de direitos reais limitados, de direitos pessoais, e assim de direitos formados como de direitos formativos, de direitos expectativos e de ofertas ainda não aceitas pelos dirigentes da empresa, de serviços e probabilidades de serviços. Dentre as coisas, há no fundo de empresa coisas consumíveis e coisas inconsumíveis, coisas independentes umas das outras e pertenças (cf. MAmo CASANOVA, *Studi suila Teoria dell"Ázienda,* 94 s.), com o nexo funcional (D. BARBERO, *Le Universalitá patrimoniali,* 146; *L"Usufrutto e i diritti ai fini,* 155), e não só físico, a "colagem" a que nos referimos e investigamos (Tomo XV, § 1.799, 2).

No sistema jurídico brasileiro, o fundo de empresa pode ser objeto de usufruto. Não há, portanto, se o usufruto é sobre o fundo de empresa, pluralidade de usufrutos < = tantos usufrutos quantos os elementos componentes do fundo de empresa). O fundo de empresa é mais do que os imóveis, móveis, bens corpóreos e bens incorpóreos, que são elementos dele. É *bem móvel incorpóreo* (Tomo XV, §§ 1.808, e 1.806, 2). Pode-se ser dono do fundo de empresa sem se ser dono de elementos que o compõem: basta que o direito que está no fundo de empresa não sej a dominical. Às vOzes não coincidem, sequer, a titularidade do direito sobre a empresa e a titularidade do direito que

se acha no fundo de empresa. A amizade do contador retirado da atividade, que por afeição aceita cortar as casacas dos melhores clientes da alfaiataria de que foi sócio, ou empregado, ou de que não foi sócio nem empregado é elemento do fundo de empresa. Não se pode eliminar, no conceito de empresa e no próprio conteúdo do fundo de empresa, a atividade do empresário, a *organização* e *funcionamento* (Tomo XV,

§ 1.803, 1), além da inter-atuação funcional dos elementos.

O usufruto sobre fundo de empresa é usufruto sobre bem incorpóreo móvel. Não é, portanto, tem-se concluído, sobre *universitas facti.* Haveria *plus.* Ou se alargaria o conceito de *universitas facti.* Tudo isso deve ser posto de lado. No fundo de empresa a ligação entre os elementos cria *universitas facti* e pode criar *universitas iuris;* mas a discussão se torna acadêmica, sobre desgarrar da realidade, que nos apresenta, nas empresas, os todos mais complexos.

3.INCIDÊNCIA DO DIREITO DE USUFRUTO SOBRE FUNDO DE EMPRESA. O usufruto sobre fundo de empresa recai sobre todos os elementos do fundo de empresa; tal como aconteceria se fEsse transferida a propriedade do fundo de empresa, o usufrutuário tem os direitos de uso e fruição que tinha o constituinte do usufruto. As regras jurídicas sobre exigências ou sobre expedientes particulares, relativos a cada elemento, são as que teriam de ser respeitadas se tratasse de transferência, em vez de constituição de usufruto. Com a transmissão da posse do fundo de empresa, o constituinte do usufruto dá inicio ao uso e fruto dos elementos componentes do fundo de empresa, ainda que se trate de imóveis ou de móveis cuja transferência de domínio ou constituição de usufruto seja dependente de registro; porém a incidência *real,* no tocante ao elemento, somente começa com o registro. Isso não quer dizer que o usufruto sobre o fundo de empresa não se haja constituído e não seja eficaz, inclusive para as relações jurídicas entre o constituinte e o usufrutuário. A dependência da incidência *real* no que concerne às coisas simples ou compostas, singulares ou coletivas, bens corpóreos ou incorpóreos, que compõem o fundo de empresa, não faz dependente a incidência ainda *real* sobre o fundo de empresa.

§ 2.304. Direitos e deveres do usufrutuário do fundo de empresa

1. DIREITOS DO USUFRUTUÁRIO. (a) O direito de usar e fruir que tem o usufrutuário de fundo de empresa é o de usar e fruir o fundo de

empresa e, na medida em que os elementos seriam usáveis e fruíveis pelo empresário, de usar e fruir cada elemento, bem corpóreo ou bem incorpóreo. Não importa se o constituinte do usufruto era e é dono do bem contido no fundo de empresa, ou se o não era, nem é, desde que sobre ele tivesse e tenha direito, ou simplesmente dele possa usar ou fruir. Se a coisa usufruída pelo empresário se inseriu no fundo de empresa, o que em verdade consta do fundo de empresa é o *exercício* do usufruto. Assim se passa a respeito de outros direitos que tinha e tem o empresário e se acham no fundo de empresa se não são bens consumíveis, o que entrou no fundo de empresa foi apenas o exercício do direito.

(b) Quanto a poder dispor de bens que são elemento do fundo de empresa, é de começar-Se por dizer-Se que o usufrutuáriO não tem o poder de dispor se o empresário, se fEsse ele que estivesse a usar e fruir o fundo de empresa, Me *teria.* Porém dai não se tire que o inverso seja verdadeiro. O usufrutuário não pode dispor de direitos de que poderia dispor o constituinte do usufruto.

Quando alguns juristas distinguem *capital rígido* ou *fixo* e *capital circulante,* isto é, bens que são o corpo mesmo do fundo de empresa (prédio, mobiliário, maquinarias aparelhos carros) e bens que alimentam o funcionamento da empresa, mal percebem que se põem *dentro* do fundo da empresa, em vez de o considerarem *de fora,* uma vez que o usufruto é usufruto sobre fundo de empresa. O usufrutuário tem de *conservar* a destinação necessariamente unitária da empresa. Tanto pode dispor das matérias-Primas, produtos e mercadorias em armazém, quanto da máquina que envelheceu ou ficou antiquada (e. g., não produz o que as máquinas novas, da mesma espécie, produzem). Pode derrubar um prédio e reconstruir, comprar outro e substituir o que já se termou impróprio à destinação do fundo de empresa. Tudo que se deteriora tem de ser substituído. Outrossim, tudo que se antiqua. O objeto do usufruto é o fundo de empresa, e não os elementos que o compõe. O fundo de empresa é bem incorpóreo, móvel, e as exigências e expedientes que concerne lo aos elementos compOnentes só se atendem como conteúdo de regras jurídicas especiais a eles, e não como regras jurídicas relativas ao usufruto. A distinção entre capital fixo e capital circulante apenas ocorre *dentro* do fundo de empresa, objetivamente, e não é mais do que um dos dados para se saber se, *in casu,* podia dispor do bem o usufrutuário (mais freqüentemente se gasta e se deteriora a matéria-prima que a maquinaria, porém, também, mais a tuaquinaria que o prédio).

No que toca à disposição e a *suminissio,* o problema mais interessante é que consiste em se saber se é possível dispor-se antes de se adquirir o

substituto, ou se o ato de disposição pode ser anterior. A substituição, em se tratando de fundo de empresa, é reintegração do fundo de empresa, mais do que *sumnussio.* Se o usufrutuário despede e substitui o de que dispôs *(dispôs* e repôs), o fundo de empresa. continua incólume. Se dispõe e não repõe, desfalca. O *branco* deixado pelo bem que foi destruído, ou alienado, ou derrelito, enche-se com os meios que tem o fundo de empresa para os reparos e substituições, ou com os meios que possam para isso ser destinados. Se, no intervalo entre o ato de disposição e o ato de reposição, não há meios para reparos e substituições, nem meios que para tais fins se possam destinar, o usufrutuário põe-se na situação de não poder restituir o fundo de empresa, extinto *o* usufruto.

Note-se, ainda, que isso não pode acontecer somente quanto ao capital fixo. O capital circulante também pode ser diminuído, sacrificado, sem que o usufrutuário reponha aquilo que se deteriorou ou de que se dispôs.

Todavia, não se raciocine a propósito de usufruto de fundo de empresa como se raciocina a respeito de usufruto sobre animais que se reproduzem (Código Civil, art. 722), ou espécies análogas. No usufruto sobre fundo de empresa, a substituição depende de ato do usufrutuário. Ato de destinação, que pode ser ato-fato jurídico. Se no fundo de empresa há coisas coletivas que permitam a invocação do art. 722, a *nmmàsit>* opera-Se como aí se descreve, mas isso nada tem com a substituição por ato do usufrutuário: aquela é dentro do fundo de comércio; essa, *de fora* para dentro.

A exigência de inventário e de caução de modo nenhum pode servir de argumento contra o que acima dissemos- Já expusemos o que era de mister quanto à i *ncorporação a usufruto* (Tomo XV, § 1.739) e ao *hwent4rf o* que há de fazer o usufrutuário (antes, § 2.281). O inventário não pré-elimina poder de dispor; há inventário de bens de que não se pode dispor e inventário de bens de que se pode dispor. O dever do usufrutuário não é, precipuamente, o de conservar as coisas e direitos que compõem o fundo de empresa, mas o de conservar o fundo de empresa. Conserva-se o fundo de empresa não se deixando que se deteriorem, sem serem substituídos, os bens que no fundo de empresa se acham, portanto que diminua o fundo de empresa, ou seu valor, inclusive não se procedendo de modo que mingue a clientela, mude de classe ou desapareça. Os elementos do capital circulante têm de ser substituídos. Também esses podem ser mal substituídos e essa substituição desacertada ou empoerante por vêzes se reflete na clientela e nas vendas da empresa. Por onde se vê que o fundo de empresa é um todo no qual tem menor importância do que aquela,

que as teorias atomísticas, hoje superadas, da empresa lhe emprestavam, a distinção entre capital fixo e capital circulante. O dever do usufrutuário é de conservar o fundo de empresa, e não só os elementos que o compõem.

A fonte do poder de dispor é o ato constitutivo do usufruto, que não foi sobre coisas, singulares ou coletivas, mas sobre fundo de empresa. Trata-se de poder de dispor dentro dos limites da destinação do fundo de empresa, portanto no interesse da empresa, e não contra esse interesse.

(c) No que se refere aos elementos jurídicos do fundo de empresa, cumpre, preliminarmente, atender-se a que, se há créditos no fundo de empresa, o usufruto sobre o fundo de empresa recai nos créditos: o usufrutuário não adquire os créditos (z~ não se faz credor), mas adquire-lhes o usufruto, e passa a ser titular do exercício dos direitos de crédito que consistem em uso e fruição. O usufrutuário do fundo de empresa não se torna locatário dos bens locados à empresa; torna-se usufrutuário do direito de locação. Não se pode pensar em transferência do contrato de locação, nem em sublocação. No art. 719, diz o Código Civil: "Quando o usufruto recai em títulos de crédito, o usufrutuário tem direito, não só a cobrar as respectivas dividas, mas ainda a empregar-lhes a importância recebida. Essa aplicação, porém, corre por sua conta e risco; e, cessando o usufruto, o proprietário pode recusar os novos títulos, exigindo em

espécie o dinheiro". Esse art. 719 também é de invocar-se em matéria de usufruto sabre fundo de empresa. A distinção entre contratos de natureza pessoal (= ligados à pessoa) e contratos de natureza não-pessoal, que na doutrina de outros países se faz, é sem pertinência no direito brasileiro. Se o contrato entra no fundo de empresa, nenhuma discriminação se há de admitir, salvo disposição em contrário no ato constitutivo, mas tal disposição ou *separa* do fundo de empresa o crédito ou *faz connmlvel* o crédito (art. 726).

A inserção do usufrutuário nos contratos como titular, e não como usufrutuário, só se opera se o contrato é concernente ao *exercido,* e não ao fundo de empresa em si. A jurisprudência italiana está certa em não admitir que o usufrutuário de empresa se insira na relação jurídica de locação, automática-mente *(e.* g., Cassação italiana, 3 de maio de 1949, 10 de maio de 1951 e 21 de junho de 1952) ; sem razão, a doutrina (e. g., GRANI, *Disciplina giuridica delltlmpreaa,* 174). É preciso ter-se em vista que a administração do fundo de empresa passou ao usufrutuário e é com êsse que tem de tratar o figurante do negócio jurídico bilateral. Se alguma conseqüência excede o que seria

de prever-se para a simples mudança de administração, tal conseqüência é de incidência de *lez specialú.*

2.DIVIDAS ASSUMIDAS ANTES DA CONSTITUIÇÃO DO USUFRUTO DE FUNDO DE EMPRESA. Se há transferência da propriedade do fundo de empresa, o adquirente assume as dividas e obrigações (da empresa), que existiam ao tempo do ato transíativo, sem que o alienante deixe de continuar devedor e obrigado.

Há assunção sem exoneração. Não se poderia dizer o mesmo a respeito do usufrutuário, mas a situação é aproximada: o usufrutuário responde dentro das fOrças do fundo de empresa; o dono da empresa, dentro das fOrças do fundo de empresa e fora delas, como devedor (isto é, com todo o seu patrimônio e quanto a todos os credores da empresa e seus). Tudo se passa como se o usufruto fesse sobre herança.

O usufrutuário paga os juros das dividas da empresa. O dono da empresa, o capital, salvo se foi disposto diversamente no titulo constitutivo.

A entrada automática do usufrutuário nos contratos procede de ilusão que alguns doutrinadores e sistemas jurídicos tomaram como fato: a responsabilidade do usufrutuário do fundo de empresa é como usufrutuário, e não como adquirente do fundo de empresa.

8.EXERCÍCIO DO USUFRUTO COMPÕE FUNDO DE EMPRESA.O exercício do usufruto sobre o fundo de empresa é cessível (Código Civil, art. 717). Pode-se locar o fundo de empresa.

Não se pode ceder o usufruto mesmo.

4. EXERCÍCIO DO USUFRUTO COMPÕE FUNDO DE EMPRESA. Extinto o usufruto sobre fundo de empresa, dá-se a consolidação da propriedade, quanto ao fundo de empresa e quanto às coisas que o compõem como elementos dominicais. No que concerne aos elementos que no fundo de empresa não se achavam como elementos dominicais, mas sim, por exemplo, como usufrutuário, a volta exprime-se em volta de exercício. Não há distinguir-se entre o que fazia parte do capital fixo e o que fazia parte do capital circulante.

No que tange aos negócios jurídicos em vigência, o usufrutuário perde, automaticamente, todo o poder de exigir execução e de executar, ainda que tenham sido concluído. pelo usufrutuário. Se os

negócios jurídicos foram concluídos pelo usufrutuário, o outro ou os outros figurantes sabiam que apenas como usufrutuário file figurava depois, somente como administrador da empresa. O art 719 do Código Civil incide.

O usufrutuário ou seu herdeiro não tem sOmente o dever de tolerar que o dono da empresa retome a posse. Tem de restitui-la, em atos satisfatórios.

Os créditos ou dividas estranhos aos contratos bilaterais de prestação duradoura ou entraram no fundo de empresa e têm de ser restituídos ou restituídas as prestações ou assumidas as dividas pelo dano do fundo de empresa, ou *não* entraram e continuaram como créditos ou dividas do dono do fundo de empresa. Se entraram, ou se o usufrutuário foi o figurante, como usufrutuário, responde pela restituição dos créditos, e as dividas são contra a empresa.

Quanto terceiros, a situação deles depende da natura da obrigação <pode ser *pra yter reis)* e da qualidade com que figurou, no negócio jurídico, o usufrutuário.

Se o que o usufrutuário restitui corresponde ao que tinha de restituir, cessam as relações jurídicas entre dono do fundo de empresa e usufrutuário. Se o que o usufrutuário restitui não corresponde ao que tinha de restituir, tem o dono do fundo de empresa pretensão ao saldo, em dinheiro, e à indenização pela má administração.

O usufrutuário não tem ação para haver o correspectivo do que inverteu no fundo de empresa, ao ter de melhorar o capital fixo ou o capital circulante. O incremento da empresa foi feito em seu próprio interesse. As novas partes integrantes e as pertenças novas que entraram no fundo de empresa foram adquiridas pelo dono do fundo de empresa e, por isso, adquiriu o usufrutuário o usufruto delas. O dono somente tem de ressarcir o que se acrescentou ao capital fixo as houve acordo a respeito disso entre eles e o usufrutuário. O que foi encomendado para entrar no capital circulante e, sem ter sido pago prevemente, há de ser prestado depois da extinção do usufruto é crédito da empresa e a dívida é do dono do fundo de empresa.

Em tudo isso, relevante é o ato constitutivo. Quando se outorga usufruto de empresa, sabe-se o que se quer, o que se planeja e o que se espera da atividade do usufrutuário. Na vida contemporânea, a empresa assume importância enorme.

A própria estruturação das empresas foi imitada noutros setores. Algo

de empresa há em cada canto da sociedade de hoje. O próprio Estado apropriou-se de métodos das empresas.

Seria de prever-se que os donos de empresa pensassem em criar usufrutos de empresas, mas, no criá-los, com a técnica dos negócios, são eles suficientemente hábeis e informados para a redação das cláusulas concernentes ao exercício do usufruto e das cláusulas para os diferentes casos de extinção. Todo o sistema jurídico pode estar envolvido, devido à complexidade dos interesses que se enlaçam na empresa, ou a que a empresa se liga ou atinge.

No sistema jurídico brasileiro, o que mais importa é que se atenda aos princípios peculiares a fie, à relevância doutrinária e não somente prática dos arts. 54, II, 55, 56, 57 e 714 do Código Civil. Por outro lado, no que concerne aos patrimônios é preciso que se não perturbe a sistemática do direito brasileiro com afirmações e discussões que seriam impertinentes fora dos sistemas jurídicos em que ocorrem. A consulta dos índices de legislação desta obra, a respeito dos arts. 54, II, 55, 56 e 57 do Código Civil, muito favorecerá a compreensão, lendo-se o que a respeito foi exposto.

## CAPITULO XI

## USUFRUTO SOBRE PATRIMÔNIO

### *§* 2.305. Precisões conceptuais

1.USUFRUÍDO) sOais COISA, USUFRUTO SOBRE DIREITOS E USUFRUTO COMPÕE PATRIMÔNIO.

Os sistemas jurídicos cogitam de três classes principais de usufruto: o usufruto sobre coisas, em que se usa e frui a coisa, a coisa, bem corpóreo ou bem incorpóreo, é entregue ao usufrutuário, para que a use e frua; o usufruto sobre direitos, em que o que se usa e frui é o direito; o usufruto sobre patrimônio, em que o usufruto é um só sobre universalidade, dentro da qual estão bens que se tratam ao mesmo tempo como bens singulares, talvez com os seus direitos reais limitados a restringirem-lhes o conteúdo dominical, e como elementos do todo, que é o patrimônio.

2.RExissôs. Para a inteligência do presente Capitulo IX supomos lido o

que dissemos nos Termos V, §§ 595-602,

XV, § 1.798, e XVII, § 2.135.

*§* 2.306. Usufruto de patrimônio

1.CÓDIGO CIVIL, Art. 714. O usufruto sobre patrimônio foi explicitamente admitido pelo Código Civil, art.

714. O conceito de patrimônio, ai, é o do art. 57. Não se trata de cola coletiva, *atricto seneu;* mas de bem coletivo que forme patrimônio: conjunto de direitos reais e de crédito. Tal usufruto de todo ou de parte (indivisa) de patrimônio pode ser constituído negocialmente, ou resultar de direito de família ou de direito das sucessões.

No direito brasileiro não há a regra jurídica do Código Civil alemão, § 1.085, 13 parte, que diz: "O usufruto sobre o patrimônio de uma pessoa somente pode ser constituído de tal maneira que ao usufrutuário vá o usufruto de cada um dos objetos pertencentes ao patrimônio". Dai juristas alemães tiraram que a lei não permitia o usufruto do patrimônio (ou da parte) como todo *(G.* PLANa, *Komm.entar,* III, 668; J. BIERMANN, *Sachenrecht,* 33 ed., 394; MARTIN WOLFF, *Lehrbuch,* III, 273-823 ed., 392; contra, E. FUCHS, *Grundbuchrech,t,* 1, 388).

Claro que o usufruto do patrimônio somente pode ser usufruto dos direitos que formam o patrimônio; não se conceberia usufruto só da pele conceptual que os envolve. Verdade é, porém, que os créditos se vão inserindo, e há a exposição unitária às dívidas, O que não se dá é a unidade objetiva, no sentido de "coisa" *(stricto seneu) ;* todavia, o art. 56 é-lhe inaplicável:

ainda que se reduza a um só bem, o patrimônio está cheio, e persiste; se reduz a zero de elementos, também persiste a pele conceptual, e as dividas, obrigações, ações e exceções vão contra ele, embora se tenha de esperar que se encha, para que se executem os títulos executivos não-sentenciais e as sentenças. A diferença, em relação às coisas coletivas *(universitates facti),* ressalta; e em relação às coisas singulares que o formam. Se o patrimônio não pode ser objeto de propriedade, é outra questão. Além disso, se A, que não tem bens no seu patrimônio, constitui usufruto dele, é inegável que é sobre a unidade que o constitui. Tiveram de admiti-lo F.

KRETZSCHMAR *(Das Sachenrecht,* 390, .1. BIERMANN *(Sachenrecht,*

396) e O. WARNEYER

*(Kommentar,* II, 276). Mais ainda: se as formalidades registárias se observam a respeito de todos os imóveis, nada obsta a que a unidade se afirme, com toda a fé pública do registro; e tem de ser levada em conta a exclusão do bem, que negocialmente ou por direito das sucessões ou de família foi posto ou deixado fora do patrimônio. Os que negam a gravação do todo, em vez dos bens, de per si, esbarram, na prática, com o diferente tratamento que têm os usufrutos dos bens a, *b, c,* . .., e o usufruto do patrimônio *abo...,* isto é, do patrimônio de que os bens a, *b, e,* ..., são elementos.

2.CREDORES DO CONSTITUINTE DO USUFRUTO. O usufrutuário de *a, b, e,* .. ., exerce os seus direitos quanto a cada bem; o usufrutuário do patrimônio *abstrai* de cada bem.

Os credores do que constituísse o usufruto de patrimônio, se os créditos são anteriores à constituição, podem ir contra os elementos do patrimônio, em ações cautelares ou executivas, *a despeito do usufruto.* Se o usufrutuário adquiriu a propriedade das coisas consumíveis (art. 726), o valor delas responde a esses credores. (No Código Civil alemão, o § 1.086, 2. parte, fala de pretensão do constituinte do usufruto ao valor das coisas consumidas, mas a pretensão é futura; e exatamente a regra jurídica de poderem ir os credores contra o patrimônio constituído em usufruto é inspirada pelo fato de continuarem expostos à execução os bens que são dele, por superveniência do usufruto.) A diferença ressalta quando se atende a que, não sendo de patrimônio o usufruto constituído após as dividas, os credores somente teriam a ação de fraude (arts. 106-113). O que se passa, em boa técnica, é semelhante à *ineficácia* das alienações em fraude de execução (Código de Processo Civil, art.

895).

Não há nulidade ou anulabilidade da constituição do usufruto de patrimônio; há ineficácia em relação aos credores por créditos anteriores. Se algum terceiro adquiriu o bem elemento do usufruto de patrimônio, *e.* g., pela transcrição no registro de imóveis, tem ele a oposição *de terceiro* (Código de Processo Civil, arts.. 102-105), ou os *embargos de terceiro* (arts. 707-711). O direito, pretensão e ação dos credores é próprio, imediato, inclui-se no seu direito e pretensão (de direito material) a serem satisfeitos os seus créditos. Trata-se dos bens do que constituiu o usufruto, ainda que não-proprietário. O usufrutuário não é legitimado a alegar o direito ou pretensão dos

credores anteriores, mas pode, se é o caso, invocar o art. 1.092, parágrafo único; é-o, porém, à defesa dos seus interesses, ainda agindo não caber o princípio da responsabilidade do patrimônio (J.

BIERMANN, *Saehenrecht,* 898; sem razão, G. *PLANa, Kommentar,* III, *4,5* ed., 695). O direito e pretensão dos credores só concerne aos bens que existiam ao tempo da constituição do patrimônio e aos que foram, com eles, ou o valor deles, adquiridos (princípio da sub-rogação real). Não há nenhuma relação entre os credores e o usufrutuário senão quanto a ter esse de suportar a execução; o usufrutuário tem o seu direito, *menos* Isso; não deve, porque dever é *plus* negativo.

## § 2.307. Usufruto sobre herança

1. PATRIMÔNIO HEREDITÁRIO. Pode dar-se que se deixe, em herança, usufruto, ou que se deixe usufruto em legado. O legado de usufruto exige a inscrição se a transmissão do bem gravado a exigiria. O usufruto de patrimônio hereditário é independente de qualquer registro: o registro, concernente a objetos que pertencem ao patrimônio, refere-se a cada bem singular, de modo que apenas serve à regularidade do registro, à sua atualização. Não assim se não há transmissibilidade do patrimônio como tal, porque, então, o usufruto de patrimônio apenas é a soma de direitos de usufruto sobre coisas singulares. O dinheiro, quando destinado à alienação, aos gastos, é bem consumível (Código Civil, art. 51); donde ser invocável o art. 726. Mas, se o seu destino é especificamente certa aplicação, trata-se como coisa ainda não-consumível. Para se ligar a regra jurídica do art. 51 à do art. 726, no Código Civil alemão redigiu-se o § 1.084; não se precisaria disso no sistema jurídico brasileiro.

Aqui se faz mister advertência de doutrina e de *lez lata,* que nos livre de influências de leituras de obras estrangeiras.

O Código Civil brasileiro tem o art. 57, que é da maior importância no sistema jurídico. Os patrimônios, não só a herança, são como pele que cubra os bens singulares. Já tivemos ensejos de aprofundar a diferença para maior do direito brasileiro em relação aos outros sistemas jurídicos. Por isso mesmo: pode haver herança de usufruto e não só legado de usufruto; a herança de usufruto independe de registros; o usufruto de patrimônio não se extingue se se extinguem todos os bens singulares e o patrimônio subsiste; o usufrutuário do patrimônio administra-o como todo. Tal o que ocorre com o usufruto de empresa comercial ou industrial.

2.PRETENSÕES E AÇÕES QUE TEM O DONO DO PATRIMÔNIO. Já sabemos o que é patrimônio (Tomo V, §§ 595-602). Já distinguimos os patrimônios, inclusive o patrimônio hereditário (§ 523, 1).

A lei permite o usufruto de patrimônio. A despeito da pluralidade de bens coisas e direitos que pode haver e se concebe que haja, porém não é necessário, o patrimônio há de ser considerado como unidade e o usufruto sobre ele como um só. Concepção pluralista, encontrável em alguns juristas, só vi no usufruto do patrimônio usufrutos singulares; concepção moniste acentua-lhe o vinculo unitário. Tem-se, portanto, de procurar fixar o conceito de usufruto de patrimônio, de que, se a concepção pluralista fesse verdadeira, não se precisaria, e, se a concepção monista o fesse, se teria simples duplicado do conceito de objeto de direito.

Ora, o primeiro que se há de considerar é que o usufruto sobre patrimônio é mais ou menos unitário conforme o patrimônio sobre que recai. Pode ser objeto de usufruto todo o patrimônio da pessoa, como pode ser objeto de comunhão ou de sociedade (Código Civil, art. 1.368). Ou algum patrimônio que toque a pessoa, ou grupo de pessoas. O próprio patrimônio do decujo pode não ser de todos os seus bens em vida, devido a alguns bens terem deixado de ser, com a morte, propriedade dele. Sistema jurídico que tem os arts. 57, 714 e 736 do Código Civil brasileiro não pode receber doutrinas estrangeiras que acolham a concepção pluralista de que acima se falou.

O patrimônio tem a sua estrutura interna, marcada pelo grau de unificação, e tal estrutura se reflete na intensidade dos direitos e deveres do usufrutuário. O exemplo mais frisante está no patrimônio das sociedades não-personificadas e, pois, no usufruto desse patrimônio ou de fração dele.

O usufruto do titular do pátrio poder sobre os bens do filho é usufruto legal sobre patrimônio. A entrada e saida dos bens não depende de qualquer ato especial. Nem de ato especial depende a presença de dividas que incumbem ao filho.

O usufruto constituído *mort ia causa* também pode resultar de negócio jurídico (testamento) ou da lei. Aqui havemos de relembrar o que ficou escrito sobre as duas concepções antitéticas, a pluralista e a monista. N~ há só usufrutos singulares; há mais: o usufruto sobre o patrimônio submete a usufruição dos bens que compõem o patrimônio a funcionamento unitário. O inventário é um só; uma só a caução; não seria possível dividir a caução, para garantir exercício de parte do

usufruto.

O fato de se ter de atender a leis especiais às classes de bens que se acham no patrimônio de modo nenhum pluraliza o objeto do usufruto.

Quando a respeito de algum objeto do patrimônio há ação de nulidade, de anulação, de resolução, de resilição, de rescisão, ou de revogação, e o julgamento da procedência dela aumentaria o uso ou a fruição por parte do usufrutuário, tem-nas Ole. Fora daí, só o herdeiro as tem. Quanto às ações de nulidade, sabemos que são legitimados quaisquer interessados (Código Civil, art 146) e, *ex hypotheai,* o usufràtuário é um deles. No que toca às outras ações (de anulação, de resolução, de reconsiliação, de rescisão, de revogação), cumpre advertir-se, de inicio, que, se proposta pelo dono do patrimônio qualquer dessas ações, podendo alterar a situação jurídica presente do usufrutuário, esse é litisconsorte necessário. Não se compreenderia que não pudesse propor a mesma ação, fazendo citar o dono do patrimônio. É lamentável que, tantos anos após as tortuosidades e contradições de G. VENEZIAN (Dell‟Usufrutto, dell‟Uso e dell‟Abitazio.. De, *li Diritto civile italiano* de P.

FIou e B. BRuGI,ParteV, II, 2ª ed., 442 s. e 682), a doutrina italiana tenha chegado a negar a legitimação do usufrutuário, com outras tantas contradições *(e. g., G.* PUGLIESE, Usufrutto, Uso-Abitazione, *Traflato di Diritto Civile italiano* de F. VASSALLI, IV, *5,* 707 s.). Tanto importa para o usufrutuário defender o patrimônio nas ações que possam ter o remate de lhe diminuir o uso ou a fruição, ou ambos, ou de lhe aumentar a responsabilidade perante o dono do patrimônio ou terceiro, quanto atacar atos que possam vir a ter tais conseqüências.

Se houve sentença contra o decujo e ainda não transitou em julgado são legitimados e litisconsortes para impugná-la, ou para dela recorrer, o dono do patrimônio e o usufrutuário. Ambos têm a ação rescisória, ainda se a sentença transitou em julgado em vida do decujo; a *fortiori,* a ação de nulidade de sentença.

Se as ações de que se cogita são exercidas pelo dono do patrimônio pelo herdeiro, por exemplo (Código Civil, art. 1.580) qualquer aquisição nova ou aumento de valor entra, *ipso fure,* no patrimônio usufruído. Se tem de haver contraprestação, o dever e a obrigação incumbem ao patrimônio, porém a eficácia da sentença somente pode ser contra o usufrutuário se integrou a situação de autor com o litisconsórcio necessário ativo. Se tal não ocorreu, *ou* o usufrutuário anui em que se retire do patrimônio a contraprestação, *ou* o dono do patrimônio (e.

g., o herdeiro) solve a obrigação e pode cobrar juros sobre o capital para que o usufrutuário usufrua o com que em verdade se enriqueceu, feitas as contas, o patrimônio.

3.DIVISÃO DO PATRIMÔNIO ("E. O.", DA HERANÇA). Os deveres e obrigações iniciais do usufrutuário são os de inventário e caução, quer se trate do. usufruto sobre patrimônio quer de usufruto sobre parte ideal. Os deveres e obrigações de guarda (custódia), de exercício regular e diligência, no usar e fruir, e de tutela jurídica do patrimônio e dos seus elementos já supõem o adimplemento daqueles.

Quanto às dividas, obrigações e mais situações passivas em que se pode achar o patrimônio ou qualquer dos seus elementos, tem de assumi-las o usufrutuário do patrimônio e automaticamente as assume. Tratando-se de herança, regem os arts.. 1.572, 928, 1.501, 1.526, 1.587 e 1.796-1.800 do Código Civil.

O usufrutuário suporta o que é divida, obrigação ou encargo do patrimônio como todo e o que é divida, obrigação ou encargo de qualquer elemento ou parte dele. Pode dar-se que o sistema jurídico tenha solução especial para qualquer deles. De regra, o usufrutuário suporta-os com os meios do patrimônio; devendo-se advertir que os encargos que dizem respeito ao uso e ao fruto somente tocam ao usufrutuário e os encargos do patrimônio, em si, só ao patrimônio atingem. Atingindo o patrimônio, suportam-nos o dono do patrimônio *(e.*

*g.,* o herdeiro) e, como usufrutuário, o usufrutuário, que sofre a diminuição correspondente no que usa e frui.

As anualidades e outras prestações periódicas que se liguem ao exercício do usufruto, que é parte do exercício do domínio passada ao usufrutuário, têm de ser pagas pelo usufrutuário. São dividas, obrigações e encargos de quem usa e frui, e não de quem somente tem domínio

Se o patrimônio é herança, o usufrutuário tem de sofrer que se retire disse o que seja de mister para se prestarem os legados que hajam de sair da herança (= que hajam de ser solvidos pelo herdeiro ou pelos herdeiros) e os encargos que resultem do adimplemento. Pergunta-se se, na relação jurídica em que é sujeito passivo é o usufrutuário, sujeito ativo é o herdeiro, ou o são, também, os credores da herança e os legatários.

Tem-se entendido que é o herdeiro, uma vez que é a herança que

responde pelas dividas (Código Civil, art.

1.796) e os herdeiros respondem pelos legados (art. 1.690). Assim, por exemplo, (3. VENEZIÂN

(Dell‟Usufrutto, dell‟Uso e dell‟Abitazione, *II Diritto civile italiano* de 1 >. FIORE e B. BRUGI, Parte V, II, 2.8

ed., 670; R. NícOLÕ, *L‟Ádempimento dell‟obbligo oitrui,* 222; C. GANGI, *1 Legati seI diritto civile italiano, 1,* 54; L. COVIELLO JUNÃOR, *L‟Usufratuario di un vatrtrnonzo e la sua responsabi~lità ver i debiti,* 731; L.

BARASSI, *1 Diritti reali limitati,* 207; D. BÃaano, *L‟Usufrutto e i diritti aflini,* 359). Na doutrina francesa, admite-se a responsabilidade direta do usufrutuário <*e. g.,* AuBRY e RAU, *Coure de Droit cdvii françaú,* II, 714; F. LAURENT, *Prineipea de Droit civil,* VII, ns. 24 e 25; C. DEMOLOMBE, *Cora de Code civil, X,* n.

522; J. B. V. PROUDHON, *TraiU des Droite d‟ Usufruit, d‟ Usage, d‟Habitation et de 3w. perficie,* II, n. 1.822

s.).

Primeiramente, tem-se de pôr em devidos termos a questão. Não se há de discutir se é o usufrutuário, que está de posse do patrimônio, que responde, em vez do herdeiro; mas se ele também responde, e por que responde. O

problema torna-se assaz simples se parte de premissas claras e precisas. Ou o usufruto do patrimônio se estabeleceu entre vivos, como direito real, ou resulta da lei ou de negócio jurídico a causa da morte. Se se trata de usufruto que ainda não se fêz direito real, não se pode pensar em eficácia contra o futuro usufrutuário, a que ainda não nasceu o usufruto, nem tem posse.

Se alguém se apega à afirmação de que usufruto de patrimônio é a soma dos usufrutos sobre os bens singulares, caindo na superficialidade, com aparência analítica, da concepção pluralista, elimina o conceito mesmo de usufruto de patrimônio; e uma das conseqüências lógicas seria a de não ter o usufrutuário qualquer responsabilidade pelas dividas que pesam sobre o patrimônio, e não sobre cada bem, ou algum bem, de per si.

*De ira condendo,* seria injusto para credores e mais legitimados ativos de quem constituiu o usufruto e para o próprio constituinte. *De lega*

*lata,* chocar se com o sistema jurídico, salvo onde alguma tendência política regressiva determinou, aqui e ali, nas leis, ainda impercebido pelos contemporâneos do mesmo pais, voltar ao passado doutrinário, psicanaliticamente.

Os credores e, em geral, os legitimados ativos contra o constituinte do usufruto conservam as pretensões e ações contra ele. Nada, entre eles, mudou. Mas seria absurdo que o usufrutuário. em virtude do seu direito real, pudesse opor-se à execução voluntária ou forçada dos objetos subordinados ao usufruto. Ficariam expostos à situação de só puderem penhorar o que, no patrimônio, não estivesse submetido ao usufruto, ou de ir contra a constituição do usufruto pela ação de fraude contra credores (Código Civil, arts. 106-113), ou com as ações falenciais dos arts. 52 (ineficácia relativa) e 53-58 e 99 do Decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945.

É dispensável, nas leis, qualquer regra jurídica que diga ficar sujeito o usufrutuário a tolerar a execução em objetos singulares do usufruto pelas dívidas e encargos que os gravem. O usufrutuário, durante o usufruto, é responsável pelos foros, pensões e tributos reais devidos pela posse ou rendimento da coisa usufruída (Código Civil, art. 733, II), e, evidentemente, pelo que grave cada bem singular, com eficácia real (penhor, hipoteca, etc.). “Se o usufruto recair em coisa singular ou parte dela”, diz o art. 736, alínea 1.8, do Código Civil, “só responderá o usufrutuário pelo juro da divida, que ela garantir, quando êsse ônus for expresso no titulo respectivo”. Tem-se de entender: nas relações entre o usufrutuário e o constituinte ou sucessor do usufruto, ao constituinte ou sucessor é que incumbe solver os juros da dívida, que a coisa garante, salvo se ao usufrutuário cabe pagá-los por ser cláusula expressa do titulo do usufruto, ou por se ter aludido ao gravame no ato constitutivo do usufruto. O art. 736, 1ª alínea, nada estatui quanto à eficácia dos direitos reais que possam gravar a coisa singular, ou parte dela, como a hipoteca; apenas regula relações entre o usufrutuário e o dono do bem usufruído. Nada se estabeleceu sobre o que se passa no tocante aos outros direitos reais.

Tratando-se de usufruto de patrimônio, ou parte de patrimônio, o art. 736, 2.8 alínea, regula a relação entre o usufrutuário e o dono do patrimônio, em sentido que de ordinário coincide com o da responsabilidade pelos direitos reais, mas abrangente de quaisquer dividas: “Se recair num patrimônio, ou parte deste, será o usufrutuário obrigado aos juros da divida que onerar o patrimônio ou a parte dele, sobre que recaia o usufruto”.

Se a dívida é real ou não, o dono do patrimônio não se exonerou por

ter constituído o usufruto: continuam obrigados ele e o usufrutuário.

Na relação entre dono do patrimônio e usufrutuário, as dividas são solvidas pelo patrimônio. Dai ter o usufrutuário que tem direito real *reatringente* do patrimônio de tolerar a execução sobre bens do usufruto por todas as dívidas nascidas *antes* da constituição do usufruto. Os credores e, em geral, os legitimados ativos contra o constituinte, que poderiam executar o patrimônio, continuam de ter como sujeito passivo o constituinte (ou seu sucessor). a) O usufrutuário, em se tratando de direitos pessoais, tem de tolerar que se executem os objetos do usufruto, mas é preciso que tenham sido *condenados* ou tenham sido citado., como litisconsortes, na ação de cognição incompleta do art. 298 do Código de Processo Civil, ou em outra ação. *b)* Se está em causa direito .real sobre objeto singular do patrimônio, o patrimônio e o usufruto do patrimônio não podem alterar a eficácia real da divida, nem a sua incidência sobre a coisa: a coisa passou, *ex Izyyotkesi,* a ser gravada de usufruto, por ser elemento singular de patrimônio gravado de usufruto; a exceção é *erga omnes,* atinge assim o dono do patrimônio (e da coisa) como o usufrutuário. A eficaza real do usufruto não pode eliminar a eficácia real do. direitos reais limitados anteriores; donde falar-se de *me fictícia rala-. tira* do usufruto (= não tem efeitos contra os credores e titulares de direitos reais limitados anteriores a ele). O usufrutuário tem de ser citado: se a divida é real, porque me que recebeu uso e fruição é sujeito passivo na relação jurídica reaL O

usufrutuário não deve ao exeqüente o que o dono do patrimônio deve, porque ~e só tem, agora, domínio detrato o usufruto; mas deve o que também, e por multo, concorre para o *valor* que a execução tem por fim realizar: o uso e a fruição.

Se a divida é *anterior* ao usufruto e a prestação prometida imóvel que foi atingido pela inscrição do usufruto de patrimônio feita no registro do imóvel, e o Imóvel não foi entregue ao usufrutuário, a ação do terceiro tem de ser contra o dono do patrimônio e contra o usufrutuário, porque, embora não tenha havido a pose do imóvel, tem de ser atingido pelo mandamento sentencial de cancelamento da inscrição.

Se o constituinte ou seu sucessor executar a obrigação com objeto que não pertence ao patrimônio, o usufrutuário somente é obrigado a ressarcir o que teria de sair do patrimônio.

Se no patrimônio havia coisas consumíveis, o usufrutuário obtém sobre elas o poder de dispor, com o dever de restituir o valor, sendo,

porém, de notar-se que, no usufruto em que há *dever de aplicação* do dinheiro ou prestação *(e. g.,* usufruto legal do titular do pátrio poder), não se faz usufruto impróprio o usufruto do dinheiro, porque não é destinado a gastos. Se há credores do constituinte, anteriores ao usufruto, podem eles satisfazer-se sobre a pretensão de constituinte contra o devedor: o usufrutuário tem de solver imediatamente, e não ao terminar o usufruto, porque a divida é do constituinte, tal como foi assumida, e a pretensão contra o usufrutuário é então exigível desde logo pelo dono do patrimônio, a despeito da regra jurídica (entre ele e o usufrutuário) de só ser pago ao extinguir-se o usufruto, ou se penhora o que está no patrimônio, como bem de usufruto próprio, na falta de outros bens do devedor. (Quando alguém constitui usufruto, qualquer que seja, subentende-se que pode reservar-se o que seja necessário à satisfação dos créditos já vencidos, ~u nascidos antes da constituição do usufruto, se bem que de vencimento posterior, *e. g.,* condicionais ou a termo, cf. O.

PLANa, *Kornrnentar, fi,* 4.a ed., 694; J.BIERMANN, *Sachenrecht,* 396; O. WÃzNInrm, *Koinmentar,* II, 277).

Ousufrutuário pode prestar ao constituinte, ou seu sucessor no patrimônio, o que se há de solver aos que têm pretensão contra o patrimônio, inclusive credores do constituinte anteriores ao usufruto; mas arrisca-se a que o constituinte não solva as dividas de que se trata. Melhor é que as pague diretamente, avisado o dono do patrimônio. É solução fácil se o bem certo, que se deve, está no patrimônio. Se a divida não é de coisa certa, ou tira do patrimônio o que lhe parece mais adequado ao pagamento, ou paga com o que é seu, compondo-se, então, ao lado da legitimação do usufrutuário ao pagamento, gestão de negócios de outrem (Código Civil, art.

1.331--1.345; J. BIEItMANN, *Saekenrecht,* 400).

Se a divida é relativa a diferentes momentos, como a de alugueres de prédio, o usufrutuário somente tem de tolerar a execução pelo que se vencer antes da constituição do usufruto. Se a constituição do usufruto foi por partes em diferentes tempos, o que se recebeu é que fica subordinado ao que se cobra, por ser relativo a cada parte e momento.

Se ao usufrutuário se cobra promessa de venda de imóvel, pode ele prestar o imóvel, convindo avisar o dono do patrimônio. Se tem apenas de acordar na transmissão, idem. Se o dono do patrimônio consta do registro de imóveis como dono do imóvel, a aquisição pelo credor é segundo o Código Civil, art. 530, 1, no que o direito brasileiro vai além de outros sistemas jurídicos.

Se o objeto devido não está incluso no patrimônio usufruído, não pode o usufrutuário, a seu líbito, alienar os objetos usufruídos para ter fundos com que solva a divida; salvo se há bem adequado a isso, é arriscado não solver a dívida desde logo e não há tempo de avisar o dono do patrimônio (gestão de negócios alheios). Surge, aqui, problema sutil: se o usufrutuário aliena, sem poder, algum bem para solver a divida, a adquire o terceiro a propriedade? Se imóvel o bem, evidentemente não, salvo se excepcionalmente tal imóvel entra na cláusula dos bens destinados à alienação, tendo-se tornado, portanto, bem consumível (Código Civil, art. 51, 2ª parte), porque, então, o usufruto é impróprio. Se o bem é móvel, também não, devido à peculiaridade do direito brasileiro, no tocante à regra * *En fait des meubles posseMon vaut titre,* que se repeliu fundamentalmente.

Restam as partes do problema no que se refere aos títulos ao portador comuns e aos títulos cambiários e cambiariformes, que têm disciplinas diferentes, mas, aqui, no que toca ao problema, com as mesmas conseqüências. O art. 521 do Código Civil não pode ser invocado, porque não se trata de *perda* ou de *furto,* nem estamos a pôr em exame a espécie que se regeria pelo art. 521, parágrafo único. Tudo se cifra em se saber se se adquire com a posse de boa fé a propriedade alienada, sem poder de disposição, pelo usufrutuário, em se tratando de títulos que se adquirem com a posse de boa fé,

Pode ser admitida ou tutelada a boa fé de terceiro que adquiriu ao usufrutuário? No direito alemão, a opinião da doutrina dividiu-se: de um lado, K. Xonn *(3. von Staudingers Kommentar,* XXI, 623), que admite que se tutele a boa fé em tal caso; do outro, J. BIERMANN *(Sachenrecht,* 399), O. PLANaR *(Koramentar,* III, 698 e O.

WAItNEYn *(Kominentar,* II, 278 a.). que não levam em conta, ai, a boa fé. O problema não foi devidamente aprofundado e temos, aqui, de procurar esclarecê-lo e resolvê-lo satisfatoriamente.

O re endosso do titulo endossado com a declaração endosso-usufruto pré-exclui qualquer aquisição, o segundo endosso é evidentemente de quem não tem poder de disposição e de boa-fé não se poderia cogitar. O problema, posto nestes termos, assaz se simplifica.

Se o endosso ao usufrutuário foi sem declaração de endosso-usufruto, o endossatário mediante nOvo endosso pelo usufrutuário, que não se diz tal, e boa-fé adquire o titulo.

Se o titulo é ao portador, adquirível pela posse própria de boa-fé, é preciso que a boa-fé se componha. Não há solução a *priori.*

4.INTERÊSSES E PRESTAÇÕES DE DIREITO POELICO QUE 1 W-CAEM EM USO E FRUTO DOS

BENS. Sempre que a divida de direito público não resulta de tributação incidente sobre capital, por ela responde o usufrutuário com fundamento no art. 733, XI, do Código Civil. Assim se há de entender o art. 733, II, do Código Civil; mas 0k de modo nenhum pré-exclui que, por outra causa, a divida de direito público, que recai sobre o capital, seja de responsabilidade do usufrutuário. O *impósto de lucro imobiliário* há de ser pago pelo usufrutuário *com o Lucra que o patrimônio au! eriu,* segundo a avaliação judicial ou com o que efetivamente entrou no patrimônio. Assim, se o usufrutuário alienou o imóvel destinado à alienação por *z* e o Estado cobrou-o, percentualmeute, sobre z 1, ou sobre ∼ + 1, as contas, nas relaçôes entre usufrutuários e dono do patrimônio, são as do negócio jurídico, e não as do Estado.:

o que o Estado cobrou terá de ser subtraido do que foi recebido acima do preço da aquisição para o patrimônio, e não do que foi avaliado pelo Estado. As relações jurídicas são diferentes.

§ 2.808. USUFRUTO E BENS DA HERANÇA

5. DÍVIDAS DE QUEM TEM USO E FRUIÇÃO. Algumas dividas, embora de direito privado, são oriundas de necessidades de usar e fruir, ou de administração regular. Diz o art. 735 do Código Civil: “Se a coisa estiver segura, incumbe ao usufrutuário pagar, durante o usufruto, as contribuições do seguro”. O dever de pagar o seguro e não concorrer para a resolução do contrato de seguro existe se a coisa estava segura, ou se o estava o patrimônio, ou parte. Se não havia seguro, o usufrutuário tem interesse em fazê-lo, porque tem de restituir os bens usufruídos. Se houve cláusula contratual, tem de ser respeitada.

Se o dono do patrimônio satisfaz algum crédito que não lhe incumbia satisfazer com bem pertencente ao patrimônio, procede como gestor de negócios alheios. Se o usufrutuário satisfaz algum desses créditos, que não se podem solver com bens do patrimônio usufruído, com algum desses bens, o dono do patrimônio tem pretensão a que o usufrutuário reponha o que tirou do patrimônio, salvo se os bens eram consumíveis, porque; então, a pretensão somente nasce ao se extinguir o usufruto.

Se o credor vai contra o patrimônio usufruído, por alguma divida do constituinte contraída após a constituição do usufruto, ou ligada a relação jurídica referente ao patrimônio livre, não tendo o usufrutuário tido bom êxito no exigir a eleição de outros bens do constituinte, tem êsse de indenizar para que se incluam no patrimônio os bens com que se faça o *usufruto completanie.*

6.COMUNHÃO DO USUFRUTO DE PATRIMÔNIO QUE NÃO É DONO DO PATRIMÔNIO. Pode dar-se (mais facilmente com a herança) que o constituinte do usufruto de patrimônio não tenha direito sobre o patrimônio. *E. g.*, se herdeiro não é ele, mas outra pessoa. A pessoa que figurou com a qualidade de herdeiro constituiu o usufruto e apareceu herdeiro legítimo parente mais próximo, ou foi decretada a invalidade do testamento. Se já houve registro da partilha ou da adjudicação e foi constituído, por exemplo, usufruto, com a devida inscrição, os credores e p herdeiro, que foi declarado judicialmente, sê mente podem ir contra o falso herdeiro, e não contra o usufrutuário, se êsse se fiou do registro. O art. 530, 1, do Código Civil protege, por analogia, o usufrutuário <princípio da fé pública do registro). Para se evitar Isso, os que forem contra o falso herdeiro têm de inscrever as ações que hajam proposto (Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, art. 178, *d,* VI e VII).

*§* 2.308. Usufruto e bens da herança

1.USUFRUTO DA HERANÇA; HERANÇA OU LEGADO? O usufrutuário da herança é herdeiro, ou legatário? Para uns, é herdeiro *(e. g.,* A. CICU, *Le Suecessioni,* 15 5.; antes, Natura giuridica nell‟usufrutto dell‟eredità, *Studi sassaresi,* 16, 263) ; para outros, legatário *(e. g.,* L. Covinw, *Successione legitUma e necessaria,* 2ª ed., 268 5.; F. DEONI, *Lo Successione ci causa di morte,* 161s.; F. DE MARTINO, Dell‟Usufrutto, dell‟Uso e dell‟Abitazione, *Commentario dei Codice Civile* de A. SCIÂLOJA e G. BRANCA, III, 246).

Cumpre distinguir a ressalva testamentária que atribui a alguém o usufruto de determinado bem da herança, o que de modo nenhum se há de considerar *usufruto da herança* mas sim legado de usufruto, e a deixa de usufruto da herança, como se o testador dispôs: “nomeio meus herdeiros A e B, cabendo a A a nua propriedade e a B o usufruto”, ou “nomeio meus herdeiros A e B, devendo no quinhão de B ser pOsto o usufruto do prédio *a”.* Na última espécie, o usufruto de bem singular é elemento do patrimônio testado. O que faz o

beneficiado pelo testador ser herdeiro é recair em *unit,ersitas* o seu direito, e ser a herança essa *universil as.* A deixa de *universitas* que está incluída na herança não é herança é legado; mas qualquer deixa que se inclui na herança como *universita.* herança é.

(Não se traga à discussão qualquer subsidio oriundo da doutrina francesa. Trata-se de sistema jurídico profundamente diferente do brasileiro. No Código Civil francês, art. 1.002 alínea 2.8, o testamento sOmente pode criar legatários. Não há herdeiro. testamentários. Há o *Ugataire à titre universeL)* A mulher brasileira, casada com estrangeiro sob regime que exclui a comunhão universal, cabe, por morte do marido > o usufruto vitalício de quarts. parte dos bens deste, se há filhos brasileiros do casal ou do marido, e de metade, se não os há <Decreto-lei n. 3.200, de 19 de abril de 1941, art. 17, redação dada pelo Decreto-lei n.

5.187, de 13 de janeiro de 1943). Pergunta-se: ~trata-se de herança de usufruto, ou de legado? Trata-se de constituição legal de usufruto.

Ainda que o usufrutuário seja legatário, ações constitutivas negativas <de nulidade, de solução ou de resilição, ou de rescisão, ou de concernentes a negócios jurídicos concluídos pelo eficácia resultem direitos, pretensões, ou ações, obrigações que atinjam os bens usufruídos.

2.BRASILEIRA, VIÚVA DE ESTRANGEIRO, E REDUÇÃO DE DISPOSIÇÕES TESTAMENTÁRIAS. Se o testador dispôs de mais do que a metade disponível, ou da quarts. parte, sendo estrangeiro e casado com Brasileira, sob regime que não é o da comunhão universal de bens, não tendo deixado ou tendo deixado filhos do casal, ou seus, respectivamente <Decreto-lei n. 3.200, de 19 de abril de 1941, art. 17), tem a viúva ação de redução das disposições testamentárias, *no tocante ao usufruto.* As quotas de herdeiros que hajam de ser reduzidas e os próprios legados <Código Civil, art. 1.727, §§ 1.0 e 2.0, e 1.728) que o tenham de ser somente são atingidos quanto ao usufruto. A redução a favor dos herdeiros necessários vem em primeiro lugar, porque apanha a propriedade livre de usufruto. Após essa redução é que se procede à redução a favor da viúva pois essa decantação somente recai em bem da metade disponível.

3.DIVIDAS DA HERANÇA E USUFRUTO DA HERANÇA. Quanto às dívidas da herança, o usufruto *ex lege* do art. 17 do Decreto-lei n. 3.200 só se calcula depois de pagas as dividas, tal como acontece às

quotas dos herdeiros de domínio, ou se calcula sobre a herança e se deduz o que é passivo, correspondente à quota.

Se o usufruto foi constituído por disposição testamentária, o diferente tratamento da herança e dos legados exige que antes se responda à pergunta: trata-se de herança ou de legado? Ao legado só é de mister que caiba na metade disponível, havendo herdeiros necessários. A herança testamentária é do que resta, mas toda liquidação tem de primeiro empregar pode exercer as anulação, de revogação) com decujo, de cuja deveres ou obriga pagamentos o que não é legado e o legado de usufruto permite que se destine a pagamento a nua propriedade.

§ 2.309 Legado de usufruto

1.CONCEITO E CONSEQÜÊNCIAS. Se a deixa de usufruto é legado, tem de satisfazer os pressupostos dos legados e submeter-se às regras jurídicas especiais aos legados.

Se pré morre o legatário, ou o usufruto não ocorre, porque caducou o legado (Código Civil, art. 1.703, V), ou o testador previu a quem tocava o usufruto. Se o legatário não pode ou não quer adquiri-lo, dá-se o mesmo. O

testador pode estabelecer a *substituição* (arts. 1.729-1.732 e 1.740), ou o *fideicomisso* (arts. 1.783-1.740). A lei conhece o fideicomisso de legado.

A caducidade do legado aproveita ao herdeiro, ou, se há os pressupostos do art. 1.710, parágrafo único, ou do art. 1.716, ao co-legatário (cfr. art. 740). Dá-se *acrescimento.*

A desapropriação por utilidade pública ou interesse social pode ser contra todo o bem, ou somente contra o usufruto, ou detrato o usufruto. A execução forçada, também. Mas a execução voluntária ou forçada dos bens da herança por dividas do decujo, se o usufruto é da herança, toda ou em parte, *e. g.,* usufruto da metade, ou do terço, ou da quarts. parte da herança, tem de ser contra domínio e usufruto.

Se todos os usufrutos a causa de morte fEssem legados, o testador que tivesse deixado a A o domínio e a B

usufruto exporia o herdeiro a não receber nada, por terem as dívidas absorvido a herança quanto ao domínio e só restar o usufruto.

O testador tanto pode repartir a herança em quotas de domínio quanto em domínio e usufruto, ou em domínio ou quotas de domínio e quotas de usufruto. Argumenta-se que o usufruto desintegra o direito, ao passo que a comunhão de domínio não o desintegra <*e. g.,* D. BÀnno, *L*"*Usufutto e i diritti af fiM,* 405). Mas o testador pode dispor que se convertam os bens da herança em imóveis, ou ações de determinada emprOsa: Esses direitos não estavam no patrimônio, de modo que se desse a continuidade de direitos que se quer exigir à herança; ao passo que o legado de usufruto de bem existente estaria na herança.

2.LEGADO DE USUFRUTO A DUAS OU MAIS PESSOAS. Diz o art. 1.716 do Código Civil: "Legado um só usufruto conjuntamente a duas ou mais pessoas, a parte da que faltar acresce aos co-legatários. Se, porém, não houver conjunção entre estes ou se, apesar de conjuntos, só lhes foi legada certa parte do usufruto, as quotas dos que faltarem consolidar-se-ão na propriedade, à medida que elas forem faltando". A respeito do usufruto constituído por negócio jurídico entre vivos, a regra jurídica é diferente: "Constituído o usufruto em favor de dois ou mais indivíduos, extinguir-se-á parte a parte> em relação a cada um dos que falecerem, salvo se, por estipulação expressa, o quinhão desses couber aos sobreviventes" (art. 740).

CAPITULO XII

RESERVA DE USUFRUTO

§ 2.310. Posição do problema

1.DETRação E NEGÓCIO JURÍDICO. Temos de precisar alguns conceitos e proposições a respeito do negócio jurídico básico e do acordo de constituição de usufruto antes de cogitarmos dos problemas do usufruto detrato, do usufruto de segurança e do usufruto sucessivo.

2.NEGÓCIO JURÍDICO BÁSICO E CONSTITUIÇÃO DE USUFRUTO. O negócio jurídico básico, que se supôs existir entre o constituinte do usufruto e o outorgado, ou é oneroso ou gratuito. Pode ser unilateral *(e.* g., promessa de recompensa, cuja prestação prometida seja usufruto), ou bilateral, ou plurilateral, nominado ou inominado. t inconfundível com o acordo de constituição, se bem que a ciência dos povos latinos se ince de dificuldades por falta de precisão em mostrar-

lhes as diferenças e quase sempre confundi-los. A eficácia real provém da inscrição, tratando-se de imóveis, e a inscrição só se faz em virtude do acordo de constituição, e não do negócio jurídico básico.

3.ESPÉCIES DE NEGÓCIOS JURÍDICOS BÁSICOS. (a) O negócio jurídico básico pode ser o contrato de renda temporária, regulado nos arts. 1.424-1.430 do Código Civil. O outorgante, em vez de cumprir o contrato, vinculando à renda o imóvel, para que, mediante o acordo de constituição de gravame real de renda sobre imóvel (arts. 749-754), seja o outorgado titular desse direito real, presta a renda mediante acordo de constituição de usufruto, tornando-se usufrutuário o outorgado.

Em vez de prestação devida por contrata de renda vitalícia, pode o usufruto ser a prestação com que o devedor solve qualquer divida. Assim, se A deve a B e B aceita oferta de usufruto como da ação em soluto, o acordo de constituição de usufruto libera o devedor desde a sua conclusão. Se o devedor obsta à inscrição, outorgando a outrem usufruto e indo esse outorgado, antes, ao oficio de registra, há adimplemento não-satisfatório.

Também em transação, judicial ou extra judicial, pode uma das prestações ser constituição de usufruto.

Nos juízos divisórios, um dos quinhões pode ser usufruto.

(b) Nada obsta a que em *constituição de* usufruto consista a entrada do sócio para a formação da capital social.

Se o bem perece, o usufruto extingue-se; mas a entrada do sócio existiu e, não sendo ele o culpado, sofre a saciedade, com perecímento do bem, a perda da usufruto. Aliás, se houve culpa do sócio, a saída desse não resulta do perecimento do bem, e, pois, da extinção do usufruto, mas de outra causa *(e.* g., Código Civil, art.

1.399, II). O perecimento da entrada ou quota do sócio não dissolve a sociedade. Nem o sócio somente por isso fica excluído. O sócio concorreu com o que tinha e foi aceito; o bem, na espécie usufruto, passou a ser bem social, e não mais do sócio. Poderia ta sido dinheiro e ter-se perdido, ou ter sido furtado.

A entrada pode consistir em *cada de exercido;* e tudo ocorre à semelhança do que dissemos a propósito do perecimento, em caso de entrada-usufruto. Todavia, aqui pode ter sido configurada a cessão de usufruto como adimplemento de obrigação assumida (relação jurídica

pessoal>, por ser a entrada consistente em assunção de obrigação de prestar uso e fruição, sendo a censo de exercício do usufruto apenas um dos adimplementos, como acontece quando o sócio entra com a obrigação de prestar locação para a estabelecimento. A respeito de constituição de usufruto pode dar-se o mesmo, porém mais dificilmente.

Quando o dono da coisa entra para a sociedade com o usufruto sobre ela, o negócio jurídico básico é o contrato social, ou negócio jurídico unilateral, anterior ao contrato social. A um ou ao outro pode ser acrescentado o ato de constituição do usufruto (acordo de constituição). Seria errado supor-se que *id quod plerum que fit* é a entrada consistente em obrigação, resultando simples vinculo obrigacional. Mais inadmissível ainda desconhecer-se a diferença entre as entradas formadas por obrigação e as entradas formadas por atribuição de direito real. Quem constitui a favor de sociedade direito real não se obriga: houve atribuição, e não promessa; desde que se iniciou a eficácia real, toda aludo a relação jurídica pessoal, no tocante à entrada, é impertinente.

O usufruto-entrada pode ser constituído por terceiro, dona da coisa, a favor da sociedade, como entrada da sócio. A situação, que se compõe, é a mesma. O sócio entra com o usufruto, a favor da sociedade, se bem que em coisa alheia.

Cumpre tifo e confunda o problema da eficácia real da entrada em usufruto com o da responsabilidade pela evicção e pelos vícios redibitórios. Tal responsabilidade deriva do negócio jurídico da constituição da saciedade, e fio do acordo de constituição. Se a entrada se exprimir em obrigação de prestar o uso e fruição que ao sócio cabe como usufrutuário, então, com acessão do exercício do usufruto ou outro qualquer negócio jurídico que dê à saciedade o uso e a fruição apenas se admite a obrigação de os prestar.

<e) Ainda pode acontecer que a entrada consista em anticrese, e não em usufruto. Também aqui se têm de distinguir a contribuição do sócio em obrigação, que a anticrese garante, e a contribuição em direita real de anticrese.

(d) O usufruto em segurança é sempre garantia da relação jurídica pessoal entre o sócio e a sociedade, O

perecimento do bem usufruído tem de ser tratado como toda extinção intempestiva da garantia.

(e> A doação de usufruto é espécie mais freqüente. Rara é que se pense em adquirir, onerosamente, direito real que se extingue com a morte do titular. Quem doa usufruto doa a alguém, a quem quer beneficiar durante a vida do beneficiado, sem cogitar de herdeiras e sem precisar de cláusula de inalienabililidade, ou de impenhorabilidade, porque o usufruto é Intransmissível.

Também o objeto do dote pode consistir em usufruto. Então, o bem dotal é o direito real de usufruto, sendo titular dele a mulher, com ou sem a cláusula de reversão do dote ao doador, dissolvida a sociedade conjugal: se há a cláusula, a dissolução da sociedade conjugal é causa de extinção do usufruto.

Se usufrutuária já era a mulher antes do casamento e o regime matrimonial de bens é o dotal, o usufruto entra como bem dotal,sem que haja óbice a isso no art. 717 (nenhuma transmissão ocorre).

O marido exerce os direitos previstos no art. 289, 1-111, do Código Civil: administra o bem usufruído; percebe os frutos, e pode exercer as ações concernentes ao direito real.

A respeito da doação de usufruto, para que o usufruto só se inicie no dia tal ou quando se impelir a condição tal, ou há doação com condição suspensiva, ou simples promessa de doar (pré

-contrato de doação), ou doação a causa de morte, disfarçando negócio jurídico sobre herança de pessoa viva, O

assunto enquadra-se no tomo em que tratarmos das doações.

Quanto à doação de usufruto de bens móveis, tem-se de apurar se o art. 1.163, parágrafo único, do Código Civil também a compreende, ou se essa regra jurídica apenas se refere á doação de domínio. No último sentido, O.

VENEZIAN (Deli‟ Usufrutto, deli‟ Uso e defl‟ Abitazione, *Ii Diritto cinZa italiano,* de P. Fiou, 2.8 ed., 589 s.).

Mas sem razão: a limitação legal tanto concerne à doação de domínio quanto às outras doações. No sistema jurídico brasileiro, a entrega da coisa é entrega de posse própria ou de posse imprópria e nenhuma dificuldade aí existiria; a doação, em si, é que somente poderia ser verbal ( não escrita> se, versando sobre bens móveis e de pequeno valor, se lhe seguisse imediatamente a tradição (art. 1.168, parágrafo único). Fora dai, a doação de usufruto tem de ser por escrito.

A doação de usufruto pode ser a duas ou mais pessoas, estabelecendo-se co-titularidade. O art. 740 do Código Civil incide. A doação de usufruto a A e, para após a extinção do usufruto a favor de A, a B, não oferece particularidades em relação a dois usufrutos constituídos sobre negócio jurídico oneroso. A doação não depende da existência do doador ao tempo do implemento da condição, ou do advento do termo.

Doou-se o direito expectativo. (Aqui, temos de advertir em que é errada a opinião de alguns juristas estrangeiros, *e.* ~., D. BAiano, *L‟Uaufrtstto e i diritti ali mi,* 383 s:, que mencionam como requisito a sobrevivência do doador. Quem tem de estar vivo ao tempo de se satisfazer a determinação inen é o donatário do usufruto, mas porque o usufruto mesmo não só o direito expectativo se extinguiria com a morte do donatário:) A doação é contrato; tem de ser aceita. Aceita, concluiu-se (Código Civil, art. 1.166).

Se há co-usufrutuários, a l.~ parte do art. 740 incide, salvo se, por estipulação expressa, o quinhão dos que falecerem tiver de passar aos sobreviventes (2.8 parte).

A doação de usufruto é subordinada às regras jurídicas dos arts. 1.171, 1.173, 1.175-1.178 e outras.

4. COLação. Os usufrutos constituídos gratuitamente a favor de descendentes ou ascendentes vão à colação. O

argumento quanto a terem sido percebidos os frutos e estarem isentos de colher os usufrutuários cai diante de outro: o de que doação de uso e fruto é doação como qualquer outra e enriquece do mesmo modo o donatário, a expensas do doador (cU A. CoLIN-H. CAPITÂNT, *Cora dUmentaire de Droit CiviL frant‟ais,* III, 10. ed., 631

e 638). Tem-se de avaliar o usufruto desde que se iniciou até a extinção por tempo de duração em virtude de determinação mexa, ou de - vida provável do donatário do usufruto

5 2.311. Reserva ou detração de usufruto

1.CONCEITO. A reserva ou detração de usufruto faz-se por ato de detração, ou constituição, e supõe o negócio jurídico básico, O ato de constituição é negócio jurídico abstrato como qualquer ato de constituição de direito real. A reserva pode ser a favor do dono do bem usufruído, ou de outrem. O negócio jurídico básico pode ser a titulo oneroso ou a titulo gratuito.

No sistema jurídico brasileiro, nenhuma dificuldade há, para a *deductio* de usufruto, unia vez que a posse própria pode ser transferida e ficar ao outorgante a posse imprópria. Aliás, mesmo no direito francês, com o ~

*Donner et retenir na raut* (cf. Código Civil francês, art. 949), tem-se de atender a que a segunda redação da *Coutume de Paris, art.* 275, ressalvou a constituição do usufruto por dedução: “Ce n‟est donner etretenir quand on donne ia propriété d‟aucun héritage, retenu *à* soy l‟usufruit à vie ou à ..... et vaut telie donation”. A posse, no direito brasileiro, transmite-se mediante o constituto possessório (Código Civil, art. 520, V) e até pela cessão da pretensão à entrega. Mas em que consiste, rigorosamente, a reserva de usufruto?

Primeiramente, tem-se de levar em conta o negócio jurídico pelo qual se dispõe da propriedade, *restritamente.*

*E* sse negócio jurídico não tem sido estudado a fundo, a despeito de insistentes investigações e discussões.

Quando se aliena *restritamente* ainda não se constitui o direito real

restringente: a restrição detrai aquilo com que se vai fazer o conteúdo do direito real restringente, porém não necessariamente, desde já, o direito real restringente. Tal observação já facilita compreender-se que se dê a alienação restringida do bem imóvel sem ainda ter nascido o direito de usufruto, que só se inicia com o registro. Pode acontecer, até, que nunca êsse direito real nasça. Algo se detrai à propriedade. Todavia, objeta-se que a propriedade não pode ser detraída sem alguma restrição necessariamente real ao seu conteúdo, e que seria contra os princípios supor-se que o alienante *conservou* consigo algum direito, que, por isso mesmo, não foi ao adquirente da propriedade. A situação do adquirente muito se parece com a do alienante enquanto não se transcreve a aquisição. Nenhum direito real ainda se detraiu. Contudo, tendo havido acordo de transmissão, a esfera jurídica do alienante já sofreu a detração do direito oriundo do acordo de transmissão. Na espécie que aqui nos interessa, a esfera jurídica do adquirente da propriedade não recebe toda a propriedade, porque, feita a transcrição, não lhe passou toda ela, mas sim propriedade *menos* os elementos de conteúdo necessários à constituição do usufruto.

O dono que aliena com a reserva, tanto pode deixar explícito, desde logo, a quem faz usufrutuário (a si mesmo, ou a outrem), como abster-se de dizer quem o é ou será. Nada obsta a que não declare o titular de agora ou futuro, mesmo porque, se não se trata de usufruto que se perfaça com o acordo de constituição e a posse de usufrutuário, é licito ao alienante, que se reservou, “para si ou para outrem”, o usufruto, fazer, depois, acordo de constituição (na primeira espécie, lia-veria acordo consigo mesmo) e providenciar para que o usufruto se estabeleça *(e.* g., se inscreva). Se, tendo havido acordo de constituição, renuncia ao direito nascido da reserva de usufruto, ou se outrem, que fora o contemplado, renuncia a ele, dá-se a consolidação da propriedade.

2.CRITICA DA CONCEPÇÃO DA TRANSMISSÃO FINAL. A concepção da transmissão de toda a propriedade e *imediata* constituição do usufruto pelo adquirente ao alienante reduziria a detração de usufruto aos casos comuns de alienação e posterior constituição de usufruto. Portanto, levaria à negação da detração mesma, da *deductio.* A respeito da reserva de enfiteuse, de usufruto, de uso, de habitação e de servidão, já dissemos o que era de mister no Tomo XVIII, § 1.140, 3; e onvém comparar-se com o que se escreveu a propósito do constituto possessório (Tomo X, §§ 1.091, 1.097, 2, e 1.107).

Não há qualquer inconveniente, teórico ou prático, em que se tenha o

alienante, que já deixou de ser o dono do bem, como constituinte do usufruto reservado, ainda se é ele o usufrutuário, porque a reserva foi antes, ao se detrairem da propriedade os elementos para a constituição do usufruto. Tanto mais quanto o Código Civil não é hostil ao usufruto sobre a coisa própria (art. 717, 1.8 parte: "O usufruto só se pode transferir, por alienação, ao proprietário da coisa").

Se o negócio jurídico básico é fiduciário, ou se há *modus* na doação, tudo se passa segundo os princípios.

Tratando-se de bem imóvel, a eficácia real da fidúcia depende de constar do registro, sob a estruturação de propriedade resolúvel, ou outra estruturação que a lei admita.

3.CAUSA DE CONSTITUIÇÃO E CAUSA. Cumpre sempre ter-se em vista que a *causa,* que se possa discutir a respeite „~e constituição de usufruto, não pode estar no acordo de constituição, ou, em geral, na constituição mesma; sOmente pode estar no negócio jurídico básico. Não há onerosidade ou *modua* que se possa inserir no usufruto mesmo, deturpando a natureza abstrata do acordo de constituição, ou, nos usufrutos oriundos de incidência de regra jurídica que o crie, na figura do usufruto.

A construção da reserva de usufruto, como a da reserva de servidão, de uso ou de habitação, como "toma lá dá cá" teria, além dos inconvenientes teóricos, graves inconvenientes práticos, entre os quais estaria os de ordem tributária.

Se o alienante transfere a propriedade sem se reservar elementos para a composição do usufruto, a constituição do usufruto teria de ser posterior; e então de reserva de usufruto não se poderia falar. Por onde se vê que a construção da reserva de usufruto como "toma lá dá cá" envolveria invencível contradição. Na reserva de usufruto, há alienação da nua propriedade. Se o ato de constituição é nulo, ou ineficaz, ou se não vem a ser inscrito, nem por isso deixam de continuar nua a propriedade; não há consolidação, porque, ai, não se extinguiu usufruto.

4.PROBLEMA DÁ ABSTRação DO ATO DE CONSTITUIÇÃO. Ainda dois problemas se apresentam à análise: a) o problema do negócio jurídico abstrato de constituição, se o seu proprietário não se quer prestar *formulação* do acordo de constituição; *b)* o da extinção do direito à composição do usufruto.

Se o outorgado adquiriu a nua propriedade, e não a propriedade irrestringida em seu conteúdo, necessariamente manifestou vontade no sentido de ter poder o outorgante para os atos indispensáveis à constituição e eficácia do usufruto. Na *restrição* está declaração e não só manifestação de constituição do usufruto. Se B anuiu em só reaver de A a B anuiu em que a A ficasse z. Isso não importa em dizer-se que B dispôs: B não dispôs; B não adquiriu aquilo de que A não dispôs e aquiesceu em que tal acontecesse. Após a alienação, o ato de E, requerendo a inscrição do usufruto, supõe que acordo de constituição já houve, pois A detraiu *antes* de transferir, uma vez que só transferiu a nua propriedade (a x) e B declarou que acordava na transmissão de propriedade nua (acordo de transmissão de a x), o que implica ter acordado em ser deduzido x para se constituir usufruto, O acordo de constituição está implícito, acordo de constituição detrativa. O alienante vai ao registro de imóveis, se é o caso, para se inscrever o que se constituíra por detração.

Se o alienante *quer* a constituição do usufruto a favor de terceiro, apenas tem de exprimir o que quer, indicando o outorgado. O adquirente da nua propriedade não precisa declarar ou manifestar vontade nem o sentido, porque a declaração de vontade do adquirente, implícita na sua declaração de só adquirir *a* x, não foi declaração de constituir usufruto a favor de A, mas sim de deixar a A os elementos necessários à composição do usufruto. Quem determina a titularidade do usufruto é o alienante, salvo se, ao ser alienada a nua propriedade, foi feito o acordo de constituição já com a menção do outorgado. Porque, se isso se dá, o alienante mesmo já declarou a vontade; não porque o adquirente o tenha exigido. Tal exigência, se houve, foi mais motivo do negócio jurídico básico, ou cláusula inserta nesse negócio jurídico. Donde a conseqüência: o alienante, antes de se transcrever o acordo de constituição, pode sempre no plano do direito das coisas mudar o nome ao futuro usufrutuário, sem ser ouvido o adquirente da nua propriedade. Esse somente teria as pretensões e ações oriundas do negócio jurídico básico.

Na doutrina italiana, discute-se se o usufruto obtido em virtude de reserva de usufruto é adquirido a título originário ou a título derivativo. Alguns, *e. g.,* F. SALVI (La Donazione con riserva di usufrutto, *Studi per* A.

Cícu, II, 446 s.) e D. BAR-nuto *(L"Usufrutto e i diritti ai/mi,* 421), afirmam ser a titulo originário.

Absolutamente sem razão. Partiram de confusão entre aquisição originária e aquisição não-negocial e entre aquisição derivada e

aquisição negocial. Por um lado, perturba a alguns juristas o preconceito contra os negócios jurídicos consigo mesmo. Por outro lado, faltou-lhes a análise do acordo de constituição, que é o ato jurídico suscetível da eficácia real, inclusive como elemento para a inscrição do usufruto, em se tratando de usufruto sobre imóveis ou outros bens que exijam registro para se estabelecer usufruto. A aquisição pelo reservante, ou por terceiro, é derivativa: o alienante é quem constitui, a favor de si mesmo, ou de outrem, pois, ao alienar o domínio, o outorgado declarou que a aquisição fEsse apenas da nua propriedade.

A transcrição do ato de transmissão da propriedade nua não basta ao nascimento do usufruto, se a inscrição é, na espécie, exigida. Ainda nos sistemas jurídicos em que a formalidade registraria para o usufruto é a transcrição e não a inscrição, dois atos de registro têm-se por necessários. Se é certo que o acordo de constituição lá está, e isso é o que mais acontece, está para ser inscrito, e não para ser transcrito; o que se transcreve é o acordo de transmissão.

A reserva de usufruto a favor do terceiro supõe que o terceiro entre no acordo de constituição, porque o acordo de constituição tem, de um lado, a declaração de vontade do adquirente, *restringente* do conteúdo do domínio adquirido, e a declaração de vontade do alienante reservante, que com isso *restringiu* o conteúdo do domínio alienado, e, do outro lado, a declaração desse, se a reserva é a seu favor, ou a do terceiro, se a favor de outrem.

fl ineliminável, no caso de ser o alienante o futuro usufrutuário, o negócio jurídico consigo mesmo. O terceiro não adquire o usufruto *antes* de acordar na constituição e de ser inscrito o usufruto, se, na espécie, é de exigir-se inscrição. Nada „tem Me com o adquirente da nua propriedade, porque êsse não é o outorgante; outorgante é o alienante. O adquirente da nua propriedade acordou na transmissão com a *restrição.* O terceiro há de estar vivo ao tempo da constituição. Por baixo do acordo da constituição, como negócio jurídico básico entre o terceiro e o alienante, pode estar ato a titulo oneroso ou a titulo gratuito.

A reserva de usufruto a favor do alienante é a titulo derivativo, dissemos. E o usufrutuário adquire de si mesmo, e não do adquirente da nua propriedade. A reserva de usufruto a favor de terceiro é a titulo derivativo e o usufrutuário adquire do alienante, *que se reservou os elementos necessários de constituição do usufruto,* e não do adquirente da nua propriedade.

Se, antes do nascimento do direito real do usufruto, morre o alienante, que reservara sem dizer para quem, os herdeiros ou legatários sucedem no direito do falecido. Podem eles inscrever o usufruto em seus nomes, ou pode ser inscrito o usufruto no nome daquele ou daqueles a quem toque o direito, salvo se a reserva foi *exclusiva* (não para si ou seus sucessores). Se, antes do nascimento do direito real de usufruto, morre o alienante, que fizera a reserva a favor de terceiros, os herdeiros sucedem na relação jurídica entre o decujo e o terceiro, e a aceitação pelo terceiro torna perfeito o acordo de constituição, se já não ocorrera antes da morte do alienante.

A morte do adquirente da nua propriedade antes do nascimento do direito real de usufruto é sem conseqüências.

Chegamos ao ponto em que podemos distinguir, claramente, a) a reserva de usufruto em que já se faz, no ato de alienação, a declaração de vontade de que surgirá o acordo de constituição a favor do alienante ou de terceiro determinado (acordo de constituição de, usufruto a favor de outrem, que ainda não declarou aceitar), ou já se faz a própria declaração de constituição, a favor de si mesmo (caso em que o acordo de constituição se perfaz), ou de alguém, que declara, no ato de alienação, aceitar, e *b)* a reserva de usufruto em que o alienante ainda não declarou a vontade de constituir, desde já, mas só a de detratar os elementos que sirvam à constituição futura.

Se, nas espécies mencionadas em *a),* o alienante morre, ou morre o terceiro favorecido, depois, ou mesmo antes, de se inscrever o acordo de constituição, se é necessária a inscrição, ou depois, ou mesmo antes, de exsurgir o direito real limitado, a consolidação opera-se. Não assim, na espécie b), porque, então, aos herdeiros ou sucessores do alienante passa o direito a acordar na constituição.

Não há dúvida quanto a poder haver cláusula que pré-exclua do usufruto algum uso ou fruto. Sobre o uso e fruto que se pré-excluiram pode o proprietário constituir outro usufruto.

5.EXTINÇÃO DO DIREITO A CONSTITUIR O USUFRUTO. Se a constituição do usufruto se torna impossível, ou por morte do reservatório, ou por ter expirado o tempo que seria o de sua duração (termo ou condição), ou por cessar a causa de que se originou, ou pelo decurso do tempo em que poderiam deixar de ser exercidas as pretensões do usufrutuário, o direito à obtenção do direito real de usufruto extingue-se. Idem, pela renúncia. Em qualquer desses casos, os elementos detraídos para a composição do usufruto voltam à

propriedade (consolidação).

A reserva a favor de terceiro não precisa determinar, desde logo, o terceiro. Na L. 86, § 1, D., *de usu fructu et quernadmodum quis utatur fruatur,* 7, 1, diz AFRICANO: "Stipulatus sum de Titio fundum Cornelianum detrato usu fructu: Titius decessit: quaesitum est, quid mihi heredem eius praestare oportet. respondit referre, qua mente usus fructus exceptus sit: nam si quidem hoc astum est, ut in cuiuslibet persona usus fructus constitueretur, solam proprietatem heredem debiturum: sin autem id actum sit, ut promissori dumtaxat usus fructus reciperetur, plenam proprietatem heredem eius debiturum. hoc ita se habere manifestius in causa legatorum apparere: etenim si heres, a quo detrato usu fructu proprietas legata sit, priusquam ex testamento ageretur, decesserit, minus dubitandum, quin heres eius plena proprietatem sit debiturus. idemque et si sub condicione similiter legatum sit et pendente condicione heres decessit". A importância do texto justifica a transcrição, tanto mais quanto temos de analisá-lo, para lhe aproveitarmos todo o conteúdo. Estipulei de Tido o fundo corneliano, de trato o usufruto, e faleceu Ticio. Pergunta-se: ~ que deve entregar-me seu herdeiro?

Respondeu-se que importa a intenção com que se excetuou o usufruto, porque, se tal ato se fêz, em verdade, para que se constituísse o usufruto a favor de qualquer pessoa *(in cuiuslibet persona),* o herdeiro só deve a propriedade, mas, se se fêz para que adquirisse o usufruto tão-só o promitente, o herdeiro desse deve a plena propriedade. Que assim é, mais manifesto aparece em se tratando de legados: porque, se o herdeiro, a cujo cargo se legou a propriedade detrato o usufruto, faleceu antes de se ter exercido a pretensão testamentária, ainda menos se há de duvidar quanto a ter de prestar a plena propriedade. Dá-se o mesmo se legou sob condição e, pendente a condição, faleceu o herdeiro.

O texto mostra que a detração pode ser a favor do alienante, ou de legatário, ou de terceiro, ou consistir em reserva *in quamlibet personam.* O argumento quanto à última espécie está em que, assim, se constitui sem se atender à pessoa do futuro usufrutuário, o que seria contra a natureza do usufruto, que não se transmite e acaba com a morte do usufrutuário. Ora, o que está em causa ainda não é o usufruto; é o direito a constitui-lo. Se a detração foi a favor de quem quer que seja, tal cláusula deixa livre o reservante, enquanto ele possa constituir o usufruto. Nada há de mais em que haja nua propriedade e aquele direito, mas o direito preclui se precluído estaria o usufruto. Terceiro pode mesmo, contra o adquirente da nua propriedade e o reservante, usucapir a plena propriedade. O que se pode admitir é que

o nu proprietário, que tem interesse em que se constitua o usufruto sem tardança, vá com o preceito cominatório para que o reservante exerça o direito de constituir. Se houve detração de usufruto com a continuação da posse imediata ou da posse mediata de usufrutuário pelo reservante, ou de terceiro, a constituição e eficácia do usufruto, depois, nada muda às situações de fato. Se, em vez disso, o adquirente ficou com a posse, até que se constitua, eficazmente, o usufruto, o usufrutuário tem ação de imissão de posse de usufrutuário.

## § 2.312. Direito fiscal e reserva de usufruto

1.DIREITO PRIVADO E DIREITO FISCAL. Se bem que o direito fiscal esteja fora do programa desta obra, tem-se de atender a que, para a solução de alguns dos seus problemas no tocante à tributação do usufruto, é indispensável que se tenha preciso conhecimento do ato de constituição, que é de direito privado. Se, por exemplo, na reserva de usufruto, se operasse a transmissão de todo o conteúdo do domínio (= sem restrição), o imposto incidiria sobre a transmissão de a (e não de a x), como tributação da transferência da propriedade, e sobre a constituição do usufruto (z). Já vimos que tal concepção é de repelir-se: a reserva de usufruto não passaria de ilusão. Em vez disso, o que ocorre é que só se transmite a. e depois se constitui o usufruto com x.

A avaliação de x ou é pela duração conforme a determinação mexa (condição ou termo), ou, se essa é provavelmente mais longa que a vida do usufrutuário, conforme a provável duração da vida desse.

O valor da aquisição do usufruto pode ser a base para o impOsto, mas o Estado tem, sempre, a pretensão à avaliação.

2.LEI QUE APONTA CRITÉRIO. Se há lei fiscal que diga qual o critério para se fixar o valor do usufruto, tal lei só é de atender-se até onde não elimine outros critérios que possam corrigir o resultado da avaliação segundo o critério legal. Assim como pode o Estado não se subordinar ao valor dado pelos figurantes do negócio jurídico básico, assim também os particulares não ficam sujeitos, sem impugnabilidade, à observância do critério legal, se ofende regra jurídica constitucional.

Se o usufruto é conjunto (co-titularidade), cada comuneiro paga o

imposto sobre a sus quota. Se o usufruto é sucessivo, entendendo-se por sucessivo o usufruto posterior, o imposto correspondente a êsse só é devido quando se vai iniciar.

3.NUA PROPRIEDADE E IMPOSTO DE TRANSMISSÃO. O imposto .é o que concerne ao negócio jurídico básico, salvo *lez specialis.* No caso de reserva de usufruto, só há de incidir sobre a transmissão da nua propriedade (a x). Se a consolidação

CAPITULO XIII mesma, quando se dê, tem de pagar imposto, depende da lei fiscal. Se alguma lei tributa a e, mais tarde, a consolidação, viola principio de igualdade perante a lei, porque isso leva a *bisin ide,n.* j 2.313.

Legitimação ativa para constituir e determinações

1.PROPRIETÁRIO E USUFRUTO. Em principio, só o proprietário pode constituir usufruto, *negocialmente.*

Já nos referimos a poder ser adquirido o usufruto se alguém constava do registro como proprietário e não foi cancelado o registro do usufruto, por ser ineficaz, a respeito do outorgado, a transcrição a favor do constituinte.

Aqui, o assunto escapa aos temas do Capítulo XI.

O enfiteuta pode constituir usufruto: uso e fruição estão com ele, com eficácia real. O locatário, com direito aos frutos, não; porque, se é certo que tem o uso e a fruição, o seu direito é pessoal e não bastaria à constituição de direito real. O dono do prédio enfitêutico também não pode constituir usufruto sobre o prédio, porque não tem o uso e a fruição, por eficácia real da enfiteuse, que lhos tirou. Isso não quer dizer que não o possa constituir sobre o direito.

Quem concluiu contrato de compra-e-venda do bem imóvel, ou outro negócio jurídico em que se promete transferência da propriedade, se ainda não foi feita a transcrição do acordo de transmissão, embora entregue o bem imóvel, *ainda* pode constituir usufruto, que se inscreva antes de se transcrever o acordo de transmissão.

Se o bem não é imóvel, ou bem cuja propriedade só se transfira com o registro, tem-se de examinar a espécie para se saber, exatamente, se se operou a transferência da propriedade, que depende, de regra, da

tradição (coisas móveis, títulos ao portador, títulos endossados em branco, títulos endossados em preto>. Respondido, tem-se o símile.

Se o bem já se acha gravado de usufruto, o nOvo usufruto, que o dono do prédio ou do bem imóvel outorgue, para depois, é ineficaz, enquanto não se extingue o primeiro ou vigente usufruto. Não há problema de invalidade ou de inexistência do usufruto posterior, porque não há, no sistema jurídico brasileiro, qualquer regra jurídica que considere não-escrita ou nula ou anulável a constituição do usufruto para o tempo futuro em que não mais exista o anterior. Nada obsta, por outro lado, a que o nu proprietário doe o bem usufruído e se reserve o usufruto futuro para quando se extinga o usufruto vigente: enquanto não se extingue o usufruto que há, o donatário é dono <= recebe o domínio), *gravado* de usufruto a favor de quem é, então, usufrutuário, e sê-

lo-á depois, *gravado* de usufruto a favor do doador.

2.CONSTITUIÇÃO DE USUFRUTO E PÓS-EFICACIZação Se o dono do prédio enfitêutico constitui usufruto, é ineficaz a constituição, por existir constante, pois, do registro a enfiteuse, mas, se acaso se extingue a enfiteuse, sem ser pela deterioração *total* do prédio <cf. art. 692, 1-111), dá-se a pós

-eficacização, segundo os princípios que tantas vêzes expusemos nesta obra. Subentende-se, está visto, que, ao tempo da extinção da enfiteuse, viva o outorgado do usufruto, ou que por outra razão não se haja extinto o direito.

No direito brasileiro, o art. 647 do Código Civil reflete-se em todo o direito <Ias coisas.

Se o proprietário já havia constituído usufruto de imóvel e nOvo usufruto constitui para o mesmo tempo ou parte do mesmo tempo, quem primeiro obtém inscrição é que adquire o direito real de usufruto. Se ao registro são apontados dois títulos de usufruto de imóvel, o oficial do registro toma no protocolo a data da apresentação do titulo e o número de ordem que lhe compete. Esse número é que determina a prioridade do titulo. Se dois ou mais sobre o mesmo imóvel são apresentados no mesmo momento (= simultaneamente), o número de ordem é o mesmo, acrescido de letras, em ordem alfabética

<Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, arts. 200-202). Se o imóvel não estiver lançado em nome do outorgante, o oficial do registro tem de exigir a transcrição do titulo de domínio, ou de

enfiteuse, sem o quê se quebraria a continuidade do registro <Decreto n. 4.857, art. 214>.

Se a constituição do segundo usufruto é a titulo oneroso e o outorgado ignorava que se constituíra, antes, outro usufruto que obteve registro, pode pedir a resolução do negócio jurídico básico, porque não se pode prestar a eficácia real mediata que se prometera. Porém isso não se pode aplicar se sucessivo o usufruto, pois se é sucessivo o constituinte já havia constituído o primeiro usufruto, ou se havia reservado constitui-lo.

Cumpre evitar a confusão entre o usufruto sucessivo e o usufruto transmissível, aquele possível, porque contemporaneamente se constituem dois ou mais usufrutos, distintos e não contemporâneos, e êsse, vedado pelo arE 717, 1ª parte do Código Civil, que estabelece o principio da intransmissibilidade do usufruto. Usufruto sucessivo é o que vem após, sucede, se segue a outro usufruto; não aquele usufruto em que alguém sucede.

## § 2.314. Usufruto sucessivo no Código Civil

1. CONDIÇÃO. Usufruto sucessivo é o usufruto *posterior* a outro usufruto. Admitido que a outorga de usufruto se possa fazer com cláusula suspensiva (condição ou termo), o usufruto sucessivo é o usufruto que só se inicia com o advento da condição ou termo *depois* de se ter extinguido usufruto, que o precedia. Trata-se, portanto, de usufruto sob condição inicial ou sob termo inicial, *se outro usufruto há.* O usufruto, que há, ou usufruto precedente, tem de extinguir-se, para que *possa* iniciar-se o outro. A despeito dessas precisões, muito se tem discutido, sem proveito, em termo do usufruto sucessivo, confundido por alguns juristas e juizes com o *usufruto transmissível,* que o sistema jurídico brasileiro desconhece, e o usufruto de usufruto.

A constituição de usufruto por parte do nu proprietário, como por parte do dono do prédio enfitêutico, é constituição a termo inicial ou condição inicial, que se estabelece com a extinção do usufruto ou da enfiteuse.

No direito anterior ao Código Civil admitia-se o usufruto sucessivo, isto é, o usufruto constituído para depois de outro usufruto (1. Câmara Cível da Corte de Apelação do Distrito Federal, 14 de janeiro de 1915). Ao aparecer o Código Civil, escrevemos *(Tratado dos Testamentos,* IV, 259 s.> : “Nada obsta a que o testador faça sucessivo o usufruto, desde que não infrinja o art. 1.739: “É minha universal

herdeira A, minha mulher; a meu pai deixo o usufruto do prédio x, que por sua morte, passará a meu irmão B". Ai, não há fideicomisso, e sim usufruto sucessivo; dizer nula tal verba, por ser usufruto sucessivo, sem texto que comine a tais usufrutos a nulidade, constitui ato de *ignorância* e de *iniqüidade,* a que são levados os que aceitam como interpretações autênticas as notas apressadas e superficiais de CLOVIS BEVILÁQUA, já causadoras de injustiças sem conta no pais inteiro, neste e em muitos outros assuntos. De ignorância: porque A não é, ai, fiduciária, de modo que pudesse haver três graus (na contagem da lei), A, o pai do testador e B; de iniqüidade: porque o intuito do testador foi prover, na falta do pai, à subsistência, educação ou conforto do irmão, e a solução, que se dá, extirpa, sem texto de lei, a vontade do testador. Dizer que se trata de usufruto sucessivo e que a lei o proíbe é julgar sem meditar, sob o influxo de livros italianos. No direito anterior ao Código Civil, admitia-se o usufruto sucessivo (LACRaDA DE ALMEIDA, *Direito das Coisas,* 399; no mesmo sentido, *e.* g., Acórdão da 1ª

Câmara da Corte de Apelação, de 14 de janeiro de 1915). Há tantos usufrutos distintos quantas as pessoas chamadas a suceder no uso e no fruto, de modo que a sucessão vai diretamente do *de cuius* a cada um dos usufrutuários. O art. 740 prevê, exatamente, tais usufrutos, e, se CLOVIS BEVILÁQUA opinou contrariamente, foi devido a não ter prestado atenção ao arE 740, que é claro. O assunto merece atenção. A lei brasileira não proíbe o usufruto sucessivo, nem *inter vivos,* nem *causa mortis,* salvo quando dissimular o fideicomisso proibido. Na espécie, que apontamos, nenhuma razão existiria para considerá-lo *in fraudem legia.*

Se fideicomisso fEsse, seria, na linguagem da lei, do segundo grau; se usufruto sucessivo, terminará com a morte de E. A própria lei brasileira construiu usufruto sucessivo: no arE 740, mandou que, se constituído a favor de dois ou mais indivíduos, se atendesse à vontade do testador quanto à *sucessividade* nos quinhões. Mas a confusão de CLOVIS BEVILÁQUA provém de *(em* muitos lugares da sua obra se vê) não distinguir *herdabilidade* ou *sucessividade de direito* (sucessibilidade), que é noção conexa a direito de herança, e *sucessividade,* que nada tem com herdabilidade e constitui fenômeno topológico no espaço e no tempo. Não lhe exijamos que leia os autores modernos; bastaria ler, em língua francesa, aos mais corriqueiros: a C.

DEMOLOMBE, a ZACHARIAR, a MARCEL PLANÃOL. O direito de usufruto é essencialmente temporário e aleatório. A termo, ou sob condição, poderá durar até o que se espera, *ex die* ou *ad diem;* mas a morte do usufrutuário, antes da realização da condição, ou do advento

do termo, o extingue. Ninguém nega que o usufruto posso começar *ex die* ou *ad diem;* portanto, a sucessividade não se lhe pode tolher. É acidental. São dois, três, quatro usufrutos; *cada um permitido,* portanto todos permitidos. Só a confusão com a propriedade fiduciária é que poderia ver, entre eles, sucessividade proibida. A *herdabilidade* não a pode decretar o testador; mas a *conjuntividade* e a *sucessividade* são permitidas. Não é possível que o testador dite a *sucessibilidade,* a *herdabilidade,* do que é, por sua *natureza,* personalíssimo, mas desde que é lícita a aposição de condições e termos suspensivos e resolutivos às constituições de usufruto, nada impede a *sucessividade.* Quer por ato *inter vivos,* quer m *ortis causa.* No direito francês (sem fideicomissos!), a *sucessividade* é permitida. Desde que são *vivos,* na ocasião da constituição do usufruto, quando por ato *inter vivos* ou, nos atos *martis causa,* à abertura da sucessão, todos os usufrutuários, O mesmo aconteceria no direito brasileiro e já poria por terra a opinião de CLOVIS BEVILÁQUA, se não tivéssemos o art. 1.718, que os Franceses não têm. Está, assim, reduzida aos seus verdadeiros termos a questão. Isto, de si só, já evidencia a temerária generalização de CLÓVIS

BEVILÁQUA: os usufrutos sucessivos são proibidos. Mas prossigamos na análise. No chamado usufruto *sucessivo,* a sucessão é ocasional, porque todo usufruto é *personalissimo.* O primeiro usufrutuário, por ato entre vivos ou *causa mortis,* recebe-o até morrer, ou até o termo da duração. Extingue-se pela desaparição da pessoa (ele é *pessoal)* ou pela *resolução* (termo ou condição resolutiva). O segundo usufrutuário aceitou o usufruto ou o legado de usufruto *desde* tal dia ou fato: é um contraente sob condição ou em situação suspensiva, ou legatário de legado em situação suspensiva ou suspensivamente condicional. Salvos os raros casos de aplicação do art. 1.665, poderá tratar-se, quanto ao primeiro e ao segundo ou seguintes usufrutuários, de herdeiro de *usufruto.*

A ciência reconhece heranças de usufruto, e não só legados. Se o outorgante ou disponente quis terceiro usufrutuário, é-lhe licito aqui, como se quis o quarto, o quinto, *desde que* não se trate de fraude ao art. 1.739.

No caso dos legados condicionais, ninguém cogitou de lhes limitar o número, O art. 1.789 nada tem que ver com os legados condicionais ou a termo, a que o art. 1664 se refere, porquanto a única restrição que existe, a do art. 1.665, só se refere ao *direito do herdeiro* e grita dentro do Código, como voz de além túmulo, o escorraçado *Semel heres sem per heres.* O que não se concebe por ato entre vivos é o usufruto a favor de não concebidos, porque, sendo pessoal, exige a *vida,* do usufrutuário ao *começar a duração* e *durante a duração,*

acabando necessAriamente, com a morte, *se ainda perdura.* Dai a *inerdabilidade* do usufruto. E também não se concebe a favor de não-concebido, porque, na categoria de direito das coisas, que é o usufruto, se *cinde* o conteúdo, em *uso, fruição* e *substância,* ficando aqueles ao usufrutuário, que, se pudesse ser o não-concebido, não existiria, O

art. 1.718, nas disposições *mortis causa,* obriga à sua especial construção. O usufruto restringe o conteúdo à propriedade; a sucessividade dos dois sujeitos é *necessária:* devem ser, uns, nus proprietários, e outros, usufrutuários. Dá-se, porém, o mesmo com o domínio, e o art. 1.718 permitiu, no caso de beneficiada a prole eventual de pessoa designada, que se construa sem *vida* do sujeito. Ora, usufruto é menos do que a propriedade plena ou nua. Portanto, o art. 1.718 aplica-se a quaisquer *objetos* da sucessão, propriedade, divida ativa, usufruto, uso, habitação. Passemos a considerar o art. 1.666. A *sucessividade* existirá quando o testador (ou o outorgante) disser: "a A e *seus herdeiros".* Quer dizer: não pode ser estipulada a *herda-. bilidade* do *usufruto* ou resolvida pelo testador. Porém ~ que faremos quando o não tiver sido? Nos atos entre vivos, só se os herdeiros são designados ou os já existentes, que serão outros usufrutuários *ex die, ndo há a herdabilidade.*

Nos atos *causa mortis,* a questão tem de ser posta perante os arte. 1.666, 1.733 e 1.718. No direito anterior, a firmeza de LAFÂIETE mandou que se visse na verba "a B e a seus herdeiros" duas nomeações sucessivas, em vez da *herdabilidade:* "os herdeiros adquirem o usufruto, não do usufrutuário, e sim do testador, de quem são sucessores do segundo grau". No direito vigente, a *herdabilidade* continua posta de lado, mas a questão da *coexistência* tem de ser resolvida diferentemente do direito francês, alemão, etc. A *prole eventual* de pessoa designada pode ser instituída herdeira ou nomeada legatária. A *pessoa futura* também pode ser (e aqui não é especialidade nossa) no caso de fundação, *modus,* ou a favor de estabelecimento de ensino superior. De duas figuras pode lançar mão o testador: *(a)* do fideicomisso, fazendo fideicomissário a prole eventual de designada pessoa: haverá fiduciário, que usará e fruirá. *(b)* Da *fidúcia* do art. 1.718, na qual não há *fiduciário com a propriedade,* isto é, o pré-herdeiro, o *Vorerbe* do direito alemão; no meio tempo, o que existe é um *depositário* da herança, que não faz seus os frutos e vai entregar aos nomeados a *herança integra.* A sua função é maquinal, instrumental; de caráter puramente conservatório e restitutório. Só há uma espécie de herdeiros, a *prole eventual,* com direito à saisina (art. 1.572) e aos frutos. *a)* Se o testador deixou o usufruto a A, e à prole eventual de E, *vale;* é usufruto conjuntivo, como prevê o art. 740. *b)*

Se o testador deixou o usufruto a A, e, morto A, à sua prole, usou do que lhe permite o art. 1.718: deixou-o suspensivamente. *c)* Se deixou o usufruto a A, enquanto não vem prole, passando à prole, usou do que lhe permite o art. 1.718. O legado de usufruto a A e a E, *sucessivo,* ocorrendo que A faleça antes do testador, ou da entrega, aproveita a E, e não ao herdeiro. Se B é prole eventual (art. 1.718) e não pode vir, feita a prova, é ineficaz a verba, e aproveita a A, e não ao nu proprietário. Traço distintivo, que se quis ver entre os fideicomissos e os usufrutos, é o de não poderem os fideicomissos consistir em bens fungíveis. Mas o testador pode ordenar que se aplique o dinheiro em prédio, e a sub-rogação terá tornado possível a figura. De qualquer modo, se o testador quis que fesse fideicomisso, e não usufruto, ainda que seja em dinheiro a herança, os beneficiados serão *fiduciário* e *fideicomissário* desde o instante da morte: a conversão terá apenas efeito instrumental. Se o testador legou o usufruto a duas ou mais pessoas e a propriedade àquela que sobreviver, há dois legados, um que tem por objeto o usufruto dividido entre todos, e outro, a propriedade, condicionalmente, porque depende da sobrevivência. (L. 11, D., *de rebus dubiis,* 34, 5). Se o testador legou a A o prédio x e disse que aos herdeiros, ou herdeiro, ficasse o usufruto *(uns fructus apud heredem maneat),* será eficaz o legado tirado ao legado e, quando se extinguir, volverá à propriedade (L. 14, C., *de usu fructu et habitatione,* 3, 83). Se o testador legou a A o usufruto e mandou que, pela morte dele, fesse restituído a B, não deu a A o usufruto, e sim a propriedade *cum onere fideicomrnissi.* ~

*Quid uns,* se havia nu proprietário nomeado? É sucessivo o usufruto; houve dois *legados.* O testador pode legar usufruto para que os legatários se revezem no exercício; é o usufruto *alternis annis,* ou outro que se prefira.

A proibição do usufruto sucessivo, inconfundível com o usufruto transferivel, não está no direito brasileiro.

Tem sido ponto de grandes disputas e incompreensões no direito italiano, que a herdou da codificação sarda.

Acabou a doutrina por dar ao art. 698 do Código Civil italiano, que reproduz, no fundo, o art. 901 do Código Civil italiano de 1865, a interpretação que menos inconvenientes produzisse: só se proibe o usufruto transmissível. Por onde se vê como ficou fora de toda a metodologia científica de interpretação das leis CLÓVIS BEVILAQUA, enxertando no direito brasileiro, que não tinha regra jurídica semelhante ao art. 901 do Código Civil italiano de 1865, nem tem regra jurídica semelhante ao art. 698 do Código Civil italiano vigente,

a interpretação que os próprios juristas italianos repeliram.

2.JURISPRUDÊNCIA E ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS. O dono do bem não pode estabelecer que o usufruto constituído a favor de A *passe,* depois, a seus herdeiros, ou a B. Mas isso não quer dizer que, em sistema jurídico que tem a propriedade resolúvel, não possa ser constituído o usufruto a favor de A e o usufruto, *suspensivamente,* a favor de B. É outro usufruto. A jurisprudência por vêzes confunde as duas espécies, uma construivel e a outra inconstruivel *(e. g.,* 6. Câmara Cível da COrte de Apelação do Distrito Federal, 18 de junho de 1935, *A. J.,* 88, 482; 1.8 Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 5 de maio de 1941, *R. dos T.,* 136, 201). Em disposição a causa de morte, é possível o usufruto para depois de se extinguir outro usufruto, porque, com a extinção do primeiro, não há, aí, a consolidação. O que não se pode é imprimir a usufruto transmissibilidade (4□a Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 24 de junho de 1948, E. *dos T.,* 176, 178).

A 3□8 Câmara da COrte de Apelação do Distrito Federal, a 8 de julho de 1928 (E. *de D.,* 102, 399), considerou nula a cláusula testamentária em que se constituía usufruto para de. pois de terminar o primeiro, por se tratar de usufruto de usufruto (!?), e em conseqüência declarou que o legado iria, em plena propriedade, ao legatário.

Note-se a confusão de conceitos: ao usufruto sob condição ou termo suspensivo chama-se usufruto de usufruto e, em vez de se falar em consolidação, fala-se de passagem da propriedade ao legatário. O legatário do domínio e o legatário do usufruto recebem ao mesmo tempo o domínio e o usufruto. Pode dar-se que não haja legatário do domínio, por estar a coisa na herança e ser proprietário, portanto, o herdeiro. Se extingue o usufruto, há a consolidação, salvo, exatamente, se houve constituição de outro usufruto.

A 1.‟ Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 5 de maio de 1941 *(E. dos T.,* 136, 201), também confundiu o usufruto sucessivo (até t, de *t + 1* até *t‟)* e o usufruto de usufruto. As Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 98, § 4, proibiam êsse, e não aquele (“Segundo Direito não se pode de um usufruto haver outro usufruto”) ; de modo que a 1.8 Câmara Civil atribuiu as Ordenações Filipinas o que elas não disseram.

No usufruto simultâneo, há co-titularidade (dois ou mais usufrutuários e um só usufruto). No usufruto sucessivo, há pluralidade de usufrutos, um após outro, e pluralidade de titularidades. O art. 740 do Código

Civil refere-se àquele.

Do usufruto simultâneo, em que há co-titularidade num só usufruto, distingue-Se o usufruto transmissível, *proibido,* em que haveria um só usufruto e não haveria co-titularidade.

Do usufruto transmissível, que é *proibido,* distingue-se o usufruto sucessivo, em que não há co-titularidade, nem unidade de usufruto. Aqui, alude-se a que outro usufruto existiu antes, ou existe até que o usufruto *suceda.*

Usufruto simultâneo A e B Usufruto raflsnhiSS{vOIw usufruto sucessivo A E

No usufruto sucessivo, pode dar-se que A venha a ser o segundo usufrutuário, *e.* g., se foi disposto que o segundo usufruto pertence ao filho sobrevivente de O e o usufruto a favor de A atingiu o termo extintivo ou ocorreu a condição extintiva.

3.USUFRUTO "A FAVOR DE A E SEUS HERDEIROS". A constituição de usufruto a favor de A e seus herdeiros tem dado ensejo a discussões. Não se pode pensar em enfiteuse, porque o enfiteuta pode alienar a quem quer e deixar a quem entenda, ainda legatário. Nem em usufruto que compreenda a vida de A e a de seus herdeiros: infringir-Se-ia o art. 739, 1, do Código Civil. A interpretação que aí vê dois usufrutos, um após o outro, sendo o segundo a condição suspensiva ou a termo suspensivo <*jure próprio,* e não *iure hereditario),* é a mais bem fundada. Somente recebe a coisa usufruída quem *vivia* ao tempo da constituição (ou o nascituro, na espécie do art. 49, 2~ parte, do Código Civil) e *vive* ao extinguir-se o usufruto anterior.

Surge, aqui, a questão sobre a sorte do ato constitutivo se não está vivo ao tempo do advento do termo inicial ou da condição inicial o constituinte. Os que ai vêem pacto sucessório, portanto proibido (Código Civil, art.

1.089), confundem negócio jurídico *entre vivos* com eficácia diferida (por haver condição ou termo) e negócio jurídico *a causa de morte.* Não importa se o constituinte vive, ou não, à época em que se há de iniciar a eficácia real do usufruto. Por isso, pode morrer o constituinte e não se poder iniciar, porque não se incluiu a condição, ou não se chegou ao termo. Os herdeiros do constituinte recebem o bem, detrato o usufruto e detrato o direito expectátivo do outorgado do usufruto a iniciar-se com o implemento da condição, ou com o advento do termo.

Duas de trações, separadas no tempo, mas sem qualquer ligação *jure hereditario* entre os dois usufrutuários.

Nenhum negócio jurídico mortis *causa* se concluiu.

Também se pode dar que o adquirente do bem o obtenha com a estipulação a favor de dois terceiros, com usufrutos em tempos diferentes. Nada o impede de tal negócio jurídico em que o constituinte é o alienante, figurando, em negócios jurídicos formalmente separados ou não, os dois outorgados, ou em que constituinte é o próprio adquirente, em atos *imediatos* de constituição, também esses formalmente separados ou não.

O problema mais grave é o de se saber em que momento se *constitui* o usufruto *direito real,* havendo, ainda, outro usufruto completamente distinto. Se o acordo de constituição que se inscreveu marca para momento futuro a eficácia real, usufruto somente há quando a condição se impele, ou advém o termo. Antes disso, há, apenas, o *direito expectativo ao usufruto.*

Se o terceiro não figurou no acordo de constituição, não houve acordo de constituição, houve estipulação a favor de terceiro, e não se pode trazer ao campo do direito das coisas o que é peculiar ao direito das obrigações *(e.* g., o art. 1.099, sem ter havido aceitação) a estipulação a favor de terceiro circunscreve-se à eficácia pessoal.

O outorgado tem de manifestar vontade, para que haja acordo de constituição. O direito que se dá ao terceiro no art. 1.098, parágrafo único, ou no art. 1.099, é o de exigir o adimplemento, pretensão pessoal; não é o direito real, nem sequer, o direito expectativo ao usufruto que somente podia nascer da inscrição. O que a respeito escreveram A. TARTUFAiRI *(Dei Contratti a favore di terzi,* 319 s.) e N. COVIELLO *(DeVa Trascrizione,* II, 2.8 ed., 93) tem de ser refugado, cabalmente. Não há aquisição de direito dominical ou de direito real limitado sem acordo de transmissão ou de constituição. Mais uma vez encareçamos não se confundir o acordo de transmissão ou o acordo de constituição com o negócio jurídico básico, que pode ser unilateral.

A 1. Câmara Cível do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, a 14 de março de 1946 *(R. dos T.,* 161, 801), julgou apressadamente que a cláusula de reserva de usufruto, constante de doação, independe de inscrição, para efeitos contra terceiros. Tratando-se de bem imóvel, o usufrutuário detraiu usufruto ao bem que alienou e certamente a

alienação se fez detrato usufruto. Mas o usufruto só se pode exercer, com eficácia real, salvo contra o adquirente, após a inscrição: antes, há negócio jurídico básico e ato de constituição, não há ainda direito real de usufruto, o que é da máxima importância se o alienante não tinha a posse e teria de exercer ação contra o possuidor *(vindicatio ususfruetus)*. Noutros termos: o adquirente da propriedade imóvel, sem o uso e o fruto, só esse domínio restrito em seu conteúdo pode opor a terceiros e ao próprio alienante (só isso adquiriu); ao alienante ficou o uso e o fruto, porém ainda não o direito real de usufruto. É preciso não se confundam direito real de usufruto e direito de usar e fruir, que fica ao alienante.

Se, após a transferência do domínio, detrato o usufruto, alguém, que era possuidor ou se fêz possuidor, usa e frui o bem, sem que o adquirente do domínio restrito exerça a posse mediata, opera-se a usucapião do bem sem qualquer restrição.

Se o alienante continua com a posse imediata, ou mediatuida, não é usufrutuário, mas é possuidor imediato ou mediatuido. A sua *posse,* não o seu *direito,* é de usufrutuário. Direito real de usufruto só lhe vem com a inscrição do usufruto.

O que acima dissemos não se estende à constituição de usufruto em testamento, porque, se trata de herança, o art. 1.572 do Código Civil incide, O art. 715 somente fala do usufruto constituído por direito de família, mas o art. 1.572 rege os usufrutos heranças.

Se o outorgado, A, não tem herdeiros, então não se constituiu usufruto. A hipótese nada tem com as anteriores.

Se A foi beneficiado, com os seus herdeiros, sem ter herdeiros, o que se configurasse seria usufruto com cláusula de transmissibilidade hereditária, o que feriria o art. 717 do Código Civil.

Se a constituição foi a favor de A e B, sucessivamente (se não se disse, incide o art. 740), e vivem A e B, há dois usufrutos, um a favor de A e outro a favor de B, mas, em se tratando de bem imóvel, somente à extinção do usufruto a favor de A começa a eficácia real a favor de B. Em todo caso, se o dono do bem, ao aliená-lo, reserva o usufruto para si e, depois, para “seus herdeiros” e não os tem legítimos *(aliter,* se para B, seu herdeiro, ou outra pessoa, dizendo-o usufruto sucessivo), em verdade quis fraudar a lei que veda a trans-. missão do usufruto *(fraus legis* ao art. 717) e ao mesmo tempo a regra jurídica do art. 1.089 (contrato sobre herança de pessoa viva).

Ainda se há de advertir em que “seus herdeiros” hão de ser “seus herdeiros legítimos”, e não os testamentários, seus ou de outrem; porque se disfarçaria a cláusula de transmissibilidade do usufruto, que seria nula, e nula é qualquer cláusula que fraude a proibição.

4.PRÉ-MORTE DO BENEFICIADO PELA CONSTITUIÇÃO DE USUFRUTO SUCESSIVO. O beneficiado pelo usufruto posterior tem de viver ao tempo da constituição do usufruto (se não vivia, não podia adquirir o direito expectativo) e ao tempo da extinção do usufruto anterior (se não vive, não adquire o direito real de usufruto). Em conseqüência, beneficiados genéricos *(e.* g., herdeiros, filhos, sobrinhos, colegas de colégio em 1958) sOmente podem ser pessoas que se possam determinar na data da constituição e ainda existam na data em que se extinga o anterior usufruto.

De passagem, observemos que a promessa de constituir usufruto a favor dos herdeiros de outrem, ou de alguém, ainda unilateralmente, vale, no plano do direito das obrigações, porque não se trata de negócio sobre herança de pessoa viva, nem de exceção à intransmissibilidade do usufruto. Tal acordo ou negócio jurídico unilateral não é acordo de constituição (negócio jurídico de direito das coisas), de modo que não seria acordo inscritível.

## § 2.315. Constituição do usufruto sucessivo

1.CONSTITUiÇÃO ENTRE VIVOS DO USUFRUTO SUCESSIVO. Nenhuma particularidade apresenta o usufruto sucessivo constituído entre vivos, O constituinte ou o concebe ao mesmo tempo que constitui o primeiro usufruto, e então os atos de constituição podem constar formalmente do mesmo instrumento; ou quando já é nu proprietário. A simultaneidade da constituição é inoperante, porque o que importa é a sucessividade no tempo, dos distintos usufrutos.

O outorgado do usufruto sucessivo Já é titular ao tempo em que existe o usufrutuário anterior; apenas ainda não tem o usufruto, devido ao termo inicial ou à condição suspensíva.

2. USUFRUTO SUCESSIVO CONSTITUÍDO “MORTIS CAUSA”.

O usufruto sucessivo pode ser constituído a causa de morte. Também aqui não se pode elidir ou iludir a vedação da transmissão do usufruto. O usufruto é sempre intransmissível. Isso não importa em

que, estendidos no tempo, haja dois ou mais usufrutos. Por exemplo: A deixa dez mil ações da sua empresa a sua filha E, de um ano de idade, mas com usufruto aos filhos B, C e D, de vinte, dez e seis anos, para auxiliá-los nos estudos ou início de vida, por cinco, seis e dez anos, sucessiva-mente. Não há, aí, sucessão na titularidade do mesmo usufruto; nem substituição fideicomissária.

O legado sucessivo somente pode ir, no máximo, aos filhos de determinada pessoa, devido, aliás, ao art. 1.718:

"São absolutamente incapazes de adquirir por testamento os indivíduos não concebidos até à morte do testador, salvo se a disposição deste se referir à prole eventual de pessoas por ele designadas existentes ao abrir-se a Sucessão. Assim, três ou quatro usufrutos sucessivos seriam, no máximo, compreendidos no tempo da vida dos outorgados dos primeiros usufrutos *mais* o da vida dos filhos de pessoa que já existia ao tempo de morrer o testador. O art. 1.718 facilita o legado a filhos de alguém que o testador preza, ou quer proteger, sem que descomercialize e desvalorize a propriedade estendendo-se demasiadamente a existência do usufruto (cf.

GAIO, L. 3, § 2, D., *de usu fructu et quemadmodum quis utatur fruatur,* 7, 1: "Ne tamen in universum mutiles essent proprietates semper abscedente usu fructu, placuit certis modis extingui dsum fructum et ad proprietatem reverti").

Se o usufruto sucessivo somente há de começar a data certa, ou quando se impelir condição, ou algum fato ocorrer, e não quando terminar o anterior usufruto, a extinção desse é sem importância, se bem que o início daquele se haja de considerar extintivo desse. O termo ou condição de início do usufruto posterior funciona, também, como termo ou condição final do usufruto anterior. O constituinte pode conceber o usufruto posterior como a começar de tal tempo, salvo se ainda não terminou ou não deva terminar o anterior.

O usufruto anterior pode extinguir-se sem que o usufruto posterior se inicie. De regra, a renúncia não faz iniciar-se êsse, salvo se foi concebido para todos os casos em que aquele se extinga.

A interpretação do negócio jurídico, do acordo de constituição, tal como foi inscrito, é que pode servir à determinação do tempo em que deva começar o segundo ou posterior usufruto. Se o constituinte em algum tempo fêz simultâneos os dois usufrutos, tem o intérprete de atender à vontade do constituinte e ao acordo de constituição, para

lhe salvar o máximo possível. Somente quando a simultaneidade seja tal que torne inconstru-.

ivel o segundo ou posterior usufruto é que se pode ter como ineficaz a êsse.

Não é de afastar-se a solução da pós-eficacização, como se o primeiro usufrutuário falece a tempo de poder começar o segundo ou posterior usufruto. Então, ao terminar um, o outro se inicia. Pense-se em justaposição no tempo, e não em continuidade.

A terminologia de alguns sistemas jurídicos leva, por vêzes, a ambiguidades (usufruto sucessivo, ora, para eles, é usufruto após outro, sem herança, ora usufruto transmissível). Temos de evitá-las e o meio para isso é empregarmos “usufruto sucessivo como usufruto após outro usufruto, reservando “usufruto transferível”, ou

“usufruto transmissível”, ou “usufruto herdável”, para aquele que se proíbe, o usufruto que é de A e se transmita aos que venham a ser os herdeiros de A.

Na interpretação das declarações de vontade que se juntam no acordo de constituição é que se há de discriminar a espécie que se concebeu. Subsidiariamente, pode ser examinado o negócio jurídico básico.

Ninguém está inibido de constituir usufruto que se iniciará quando outro cessar, como é lícito a quem pode locar estipular que a locação a favor de E começará quando terminar a locação a favor de A, ou que a locação a favor de A irá até 31 de dezembro de 1959 e a locação a favor de E partirá de 1.0 de junho de 1960.

## CAPITULO XIV

## USUFRUTO FIDUCIÁRIO E USUFRUTO DE SEGURANÇA

### § 2.316. Usufruto com fim de garantia (usufruto de segurança)

1.GARANTIA E USUFRUTO. A noção de garantia 5 estranha ao usufruto. Se a quem tem direito real de garantia se outorgou uso e fruição sobre imóvel, o instituto, que se configura, é o da anticrese.

Aqui cabem algumas considerações sobre o usufruto e a anticrese. A anticrese é transmissível entre vivos e a causa de morte; o usufruto não no é <Código Civil, art. 717). Pode se evitar o inconveniente da intransmissibilidade, fazendo-se usufrutuário pessoa jurídica. Mas há o limite do art. 741. O *usufruto fiduciário* e o *usufruto com fim de garantia* não são inconfiguráveis. O sistema jurídico brasileiro certamente os admite.

O usufruto fiduciário não oferece qualquer particularidade em relação às outras fidúcias; apenas não é possível concebê-lo como usufruto sucessivo. A propriedade, finda a fiduciação, consolida-se. As duas espécies são inconfundíveis: pode haver fidúcia, sem haver garantia ou segurança, como pode haver garantia ou segurança, sem haver fidúcia. O que é essencial ao usufruto de segurança é que haja a *causa solvendi.* O usufruto com que se solveu, o usufruto pelo qual se deu em soluto, não é usufruto de segurança: foi apenas o objeto da *datio in solutum.* Se foi dado em soluto usufruto, a morte prematura do usufrutuário importa em que o valor dado foi inferior ao débito, mas não há pensar-se em haver resto de dívida. A dação em soluto extinguira a dívida. Se foi dado usufruto, em segurança, a morte prematura deixa o devedor a dever o resto, isto é,o que não foi solvido pelo exercício do usufruto.

2. USUFRUTO DE SEGURANÇA. O usufruto com fins de garantia contra o qual estiveram parte da doutrina e da jurisprudência alemãs (cf. O. PLANCK, *Komment ar,* III, 600; SCHNEIDER, Niessbrauchsbestellung ais Sicherungstãbereignung, *Das Recht,* 11, 802), é perfeitamente construível em direito brasileiro, como o é em direito alemão (GOLDMANN, Der Niessbrauch ais Ersatz der Antichrese, *Gruchots Reitrâge,* 57, 617; K.

ROBER, .*1. v. Staudingers Komrnent ar,* III, 569; O. WARNEYER, *Kommentar,* II, 250). Pode ser combinado, ou não, com a hipoteca. Ainda que se trate de usufruto sobre imóvel e a despeito de ter o direito brasileiro o instituto da anticrese. Ou, na constituição do usufruto, a) se explicita que ele termina (Código Civil, art. 739, II) com a extinção da dívida, que ele garante, ou se lhe deu outro prazo, *b)* maior ou e) menor, e então ele subsiste ou acaba antes de se extinguir a divida. Em qualquer das duas espécies, a) e e), a cessão do crédito importa em extinção do usufruto. Na espécie *b),* o usufruto, que subsiste, não é em garantia.

Em sistema jurídico que tem o instituto da anticrese não se precisa, de ordinário, constituir usufruto de segurança. Porém isso de modo

nenhum significa que seja inconstituível. Apenas perde ele a importância prática, que se lhe empresta nos sistemas jurídicos que desconhecem o direito real do credor anticrético, como o sistema jurídico alemão.

A substituição da anticrese pelo usufruto de segurança é incompleta. A anticrese é transferível entre vivos e herdável; o usufruto é intransmissível.

O usufruto de segurança tem implícito termo final, que é o da data da solução do débito. Dívida solvida, extinto o usufruto de segurança. Ou se deu valor ao tempo de exercício, de modo que a cada período corresponde prestação periódica, ou parcela da dívida; ou se fêz o valor do uso e da fruição dependente da aplicação de algum critério estimativo *(e.* o., o das sacas de café em cada safra).

8.NEGÓCIO JURÍDICO BÁSICO E USUFRUTO DE SEGURANÇA. O usufrutuário de segurança não pode executar a dívida enquanto está no exercício do usufruto. Está a pagar-se do crédito. Se o dono do bem dado em usufruto de segurança turba ou esbulha a posse do usufrutuário de segurança, ou lhe ofende o direito real de usufruto, competem-lhe as ações adequadas.

O negócio jurídico básico não influi no usufruto de segurança se não lhe imprimiu, através do ato de constituição, alguma cláusula que seja compatível com o direito real de usufruto. Assim, se consta do que foi inscrito que é de segurança o usufruto, isso apenas quer dizer que se fêz condição de extinção a solução da dívida. Paga a dívida, extingue-se o usufruto de segurança. Mas a extinção do usufruto de segurança por outra causa não extingue a divida, no que o usufruto de segurança se distingue do usufruto dado em soluto.

4.USUFRUTO DE SEGURANÇA E OS OUTROS CRÉDITOS. Não se atingem, com a constituição do usufruto de segurança, os direitos dos credores preferentes por direito real de garantia *(e.* g., os outros credores de grau superior). Nem tal constituição impede que os credores posteriores, por direito real, exerçam pretensões oriundas da insolvência do devedor *(e.* o., art. 813), nem lhes tira o direito de remição (arts. 814 e 821). Cf.

LESCHINSKY (Der Niessbrauch gegentiber der Zwangsverwaltung, *Deutsche Juristen,.Zeitung,* 11, 175 s.) e E. W. KRÚGER (Niessbrauch und Zwangsverwaltung, *Deutache Juristen.Zeitung,* 11, 707).

§ 2.317. Extinção do usufruto fiduciário e do usufruto de segurança

.

1.EXTINÇÃO DO USUFRUTO FEDUCIÁRIO. A constituição fiduciária do usufruto pode ocorrer no mesmo caso em que é possível a transmissão fiduciária do domínio. Extingue-se ele quando, segundo os princípios, se extinguiria a propriedade para o dono fiduciário, se de domínio se tratasse.

2.EXTINÇÃO DO USUFRUTO DE SEGURANÇA. O usufruto de segurança extingue-se: pela morte do usufrutuário (Código Civil, art. 789, 1); pelo termo de sua duração (art. 739, II) pela cessação da causa de que se origina (art. 739, III), *inclusive extinção da divida garantida;* pela destruição da coisa, não sendo fungível

<arts. 726, 739, IV, 735, 737, 2 parte, e 738) ; pela consolidação (art. 739, V), *e. g.,* a partir da data do cancelamento; pela prescrição da ação do usufrutuário (art. 739, VI); pela culpa do usufrutuário, quando aliena, deteriora, ou deixa arruinarem-se os bens, não lhes acudindo com os reparos de conservação (art. 739, VII); pela cessão da divida garantida, se o usufruto não tem maior duração, caso em que subsiste sem ser em garantia. Na *dúvida,* o usufrutuário em segurança se tem como promitente de renúncia ao usufruto se o usufruto tem prazo maior que o da divida.

É errada a jurisprudência alemã que não considera extinto o usufruto que se extinguiria com a extinção da dívida se o devedor a paga. Extinção houve.

A morte do usufrutuário extingue, em qualquer caso, o usufruto de segurança, razão por que é preferível, em se tratando de imóvel, que se constitua anticrese.

CAPITULO XV

REGRAS JURÍDICAS SOBRE VALIDADE

§ 2.318. Precisão prévias

1.VALIDADE E ATOS PARA A CRIação DO USUFRUTO. Em validade,

em matéria de usufruto, só se há pensar quanto ao negócio jurídico básico, quanto ao acordo de constituição e quanto à inscrição.

Se o usufruto é legal, o fato jurídico que está no suporte fático da regra jurídica que o estabelece é negócio jurídico, a invalidade desse negócio jurídico faz insuficiente o suporte fático, por efeito da decretação da nulidade do negócio jurídico, trAnsita em julgado a sentença. Por exemplo: não tem usufruto quem o recebera como viúva do falecido, com invocação do art. 17 do Decreto-lei n. 3.200, de 19 de abril de 1941 (Decreto-lei n. 5.187, de 13 de janeiro de 1943, art. 1.0).

2. SUGESTÃO DE MÉTODO. Tem-se de tratar das espécies de invalidade separando-se os três atos jurídicos, o negócio jurídico básico, o acordo de constituição e a inscrição.

O acordo de constituição é negócio jurídico, abstrato. Não importa, se, *in casu,* é negócio jurídico de adimplemento, ou não; a sorte dele é independente da sorte do negócio jurídico básico. A própria resolução do negócio jurídico causal não implica, necessariamente, a do acordo de constituição. Idem, a rescisão. Não há qualquer regra de interpretação que faça supor-se condicionado, tacitamente, à validade, ou à eficácia do negócio jurídico causal o acordo de constituição.

No direito brasileiro, o destinatário da declaração unilateral recepticia é o oficial do registro, posto que a sua instrumentação possa ser pelo tabelião. A eficácia somente se inicia com o recebimento pel& oficial do registro. A autorização ou assentimento de outrem, que seja de exigir-se, pode chegar até que o oficial do registro a receba, ainda se posterior ao consentimento para a inscrição. Se houve mais de um consentimento para inscrição, o a que se atende é o primeiro apresentado.

A sentença que condena o obrigado a consentir (Código de Processo Civil, art. 1.006) é executiva, com elemento mandamental.

A apresentação do título (acordo de constituição) supõe o consentimento para a inscrição, declaração unilateral recepticia que há de ser feita por aquele que constitui o usufruto. Se o acordo de constituição não o contém, ainda que só implicitamente, não se pode proceder à inscrição.

Pode-se acordar na constituição, mas proibir-se a inscrição, ou só se acordar em constituir, por se crer que já havia a inscrição.

Se houve consentimento para a inscrição, o outro figurante já pode

fazer o pedido-exigência.

O acordo de constituição opera entre os figurantes, porém a eficácia dele não é eficácia do direito real.

Se algum herdeiro aliena a quota hereditária ou a herança em que há usufruto, extingue-se o usufruto, porque o usufruto é intransmissível.

§ 2.319. Negócio jurídico básico, invalidade e ineficácia

1.NULIDADE E INEFICÁCIA. A lei que rege o negócio jurídico básico, determina-lhe a validade ou a invalidade, a eficácia ou a ineficácia. Se é nulo, ou anulável, ou se é ineficaz, responde o direito que lhe regula a validade, ou a eficácia.

2. CONFUSSÃO A EVITAR-SE. A respeito do negócio jurídico básico, cumpre ter-se sempre em vista que raros são os sistemas jurídicos em que a doutrina chegou a distinguir o negócio jurídico básico (doa ou dá em soluto, ou dota, ou garante, com usufruto) e o acordo de constituição; No sistema jurídico brasileiro, atendendo-se às suas fontes, é essencial a distinção.

§ 2.320. Acordo de constituição, invalidade e Ineficácia

1.NULIDADE E INEFICÁCIA. A lei que rege o acordo de constituição é que lhe determina a validade ou a invalidade e a eficácia ou ineficácia. Uma pode ser a lei que rege o negócio jurídico básico e outra a que rege o acordo de constituição.

2.NULIDADE E ANULABILIDADE DO ACORDO DE CONSTITUIÇÃO. A nulidade ou anulabilidade do ato constitutivo (e. g., ato constitutivo em que foi agente menor absolutamente incapaz, ou relativamente incapaz não assistido) rege-se segundo os princípios que expusemos a respeito do acUdo de transmissão.

Nenhum influxo sobre o acordo de constituição tem a nulidade ou a anulabilidade do negócio jurídico básico.

Pode acontecer que a nulidade ou a anulabilidade seja comum.

O acordo de constituição é nulo se ocorre uma das causas de nulidade mencionadas no art. 145, 1 (incapacidade absoluta), J, 2. parte (impossibilidade do objeto), IV (pressuposto essencial), V (infração de regra jurídica especial), infração de regra de forma (art. 145, III).

O acordo de constituição é abstrato. A ilicitude do negócio jurídico causal não se contagia a ele. Se o acUdo foi concebido causalmente, então a ilicitude é dele, embora excepcionalmente.

Quanto à impossibilidade, ou o oficial do registro nega a inscrição, ou aquela apenas concerne ao negócio jurídico básico.

Nos casos em que cabe ratificação dos negócios jurídicos, o acordo de constituição de usufruto é ratificável. Se, tratando-se de relativamente incapaz, sobrevém distrato, ainda que também esse fesse anulável, desaparece o acordo e não se pode pensar em ratificação. Salvo se já nasceu o usufruto.

O acordo de transmissão não pode ser a favor de terceiro. *Aliter,* o negócio jurídico básico. Tratando-se de acordo de constituição, admite-se a estipulação a favor de terceiro (H. Sínn, Die Frage der Verfflgunsgeschãfte zu fremdem Recht, *Fesigabe fiM- die Leipziger Juristen-Fakultãt* RUDOLPE SOHM, passim; MARTIN

WOLFF, *Lehrbuch,* III, 27. 32. ed., 103).

A fé pública, que se protege, é a fé na titularidade daquele que consta do registro como titular.

O dissenso quanto à *causa* da constituição do usufruto não influi no acordo de direito das coisas, salvo unificação evidente. O art. 146, 1 e II, é invocável.

Anulado o acordo por ter havido erro na indicação do bem gravado, tem-se de proceder a nova inscrição. Se somente houve indicação falsa do bem sobre cujo gravame houve o acordo de constituição de usufruto, não há anulabilidade. Feita a inscrição sem o engano, a constituição do direito real opera-se. Se a inscrição contém o erro, ou se só ela o contém, cabe o pedido de retificação do registro. Dá-se o mesmo se o usufruto é só de parte, e foi inscrito o usufruto do todo, ou vice-versa.

## § 2.321. Inscrição validade e eficácia

1. NATUREZA DO ATO INSCRICIONAL. O ato inscricional é ato jurídico estatal, de direito público, pôsto que para eficácia privatística. Ao oficial do registro e ao próprio juiz não se permite produzir prova, de oficio; mas têm de atender a fatos que sejam notórios ou de que devam ter ciência.

Quando o oficial do registro procede à inscrição, entrega *prestação estatal, administrativo-iurisdicionnj.*

Tem pretensão ao registro e, pois, são legitimadas à petição todas as pessoas imediatamente interessadas na inscrição, quer aquelas a que a inscrição prejudica quer aquelas a que a inscrição aproveita (cf. Decreto n.

4.857, art. 233).

A inscrição é ato formal. A exigência de que conste como dono, ou enfiteuta, quem constitui o usufruto, evita a contradição entre o registro dos domínios e o dos usufrutos.

A inscrição, em si, não pode ser sujeita a determinações mexas (condição ou termo) ; mas a eficácia real pode ser condicionada ou a termo.

A inscrição feita por oficial de registro que não seja de imóveis, ou por oficial que não seja de registros, é *inexistente;* não é nula. A inscrição feita por oficial de registro de imóveis que, pela situação do imóvel, não era o competente, é *nula.* A decretação de tal nulidade pode ser de ofício, mas qualquer interessado pode alegá-la.

A eficácia da decisão independe do cancelamento (cf. Decreto n. 370, art. 103, parágrafo único, e Decreto n.

4.857, art. 229; cf., respectivamente, art. 103 do Decreto n. 370 e 293 do Decreto n. 4.857).

Quase sempre o acordo de constituição leva consigo o consentimento para a inscrição. Isso de modo nenhum justifica

que se identifiquem acordo de constituição e consentimento para a inscrição. O constituinte pode notificar o oficial do registro para que, a despeito do acordo de constituição, não proceda à inscrição.

Acordo e inscrição são negócio jurídico e ato para a eficácia real, atos jurídicos distintos, mas o último é indispensável à eficácia real

daquele.

É ineficaz a revogação do acordo. O distrato, o *contrarius consensus,* pode suprimir o acordo de constituição, enquanto não se efetua a inscrição. Todavia, a seu risco, o vinculado pode constituir a favor de outrem o usufruto, o uso ou a habitação, enquanto a protocolização não se opera.

A ação de indenização, em caso de o constituinte outorgar usufruto a favor de outrem, que obtenha protocolização antes, é por ofensa ao direito formativo, e não por inadimplemento do acordo de constituição.

Fundado no negócio jurídico causal, pode o constituinte pedir não a resolução do acordo mas a devolução dos documentos, a fim de impedir a inscrição *(condictio indebiti).*

2. INSCRIÇÃO NO USUFRUTO. O usufruto tem de ser inscrito se o objeto usufruído é imóvel. Há o negócio jurídico básico, o acordo de constituição, o pedido exigência para inscrição e a inscrição. O pedido exigência, ou apresentação do acordo de constituição, é entre os dois, acordo de constituição e inscrição.

Se, após o acordo de constituição, mas antes do pedido exigência, morre o constituinte, ou cai em incapacidade, o vinculo do acordo de constituição persiste. O outorgado ou qualquer herdeiro ou representante legal do constituinte, ou interessado, pode pedir a inscrição.

Se o acordo de constituição fora nulo, ou pode ser anulado, o herdeiro ou o representante legal do constituinte pode alegar a nulidade, ou propor a ação de anulação. Tal acontece, ainda que válido o negócio jurídico básico.

Nulo o acordo, a ação a propor-se é a *ação de retificação do registro* (Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1989, art. 227).

Se o acordo é nulo, podendo ser decretada, fora de ação, a nulidade, o constituinte pode defender o bem contra terceiro, ou no concurso de credores, ou na falência do outorgado. Se o acordo é anulável, e já foi anulado, tudo se passa como a respeito do acordo nulo: com a decretação da anulação, acordo e inscrição caem, oblitera-se a constituição, o registro torna-se incorreto. Cabe a ação dos arts.. 595-597 do Código de Processo Civil ou efeito mandamental na ação de anulação, para que se cancele a inscrição. Até a coisa julgada a

propósito da anulação, o registro está em ordem, e não há pensar-se em necessária averbação ou inscrição da ação pendente. Tal averbação ou inscrição teria, apenas, função cautelar.

A anulação do acordo de constituição não atinge o negócio jurídico básico, nem a anulação desse importa na anulação daquele, ainda que também seja anulável.

A ação de anulação do acordo não é real, nem repersecutária, de modo que não cabe inscrever-se conforme o art. 281 do Decreto n. 4.857.

Se o acordo de constituição já foi inscrito, a Inscrição da ação é de fazer-se para o efeito de se prevenirem os terceiros <Decreto n. 4.857, art. 281, *verbia* "a retificação do registro").

3.APRESENTação DO ACORDO DE CONSTITUIÇÃO. A apresentação é pedido exigência, já no plano do direito público. O oficial toma no Protocolo a data da apresentação e o número de ordem. Além do acordo de constituição, há o titulo (negócio jurídico básico). Pode haver, apenas, o acordo de constituição. A lei pode pré-

excluir o acordo de constituição *(e. g.,* sucessão *causa mortis).*

A praxe é estarem juntos negócio jurídico causal e acordo de constituição *(e. g.,* "em dote dou o usufruto da casa *e,* constituindo o usufruto a partir do casamento).

Quem apresenta o titulo e o acordo de constituição tem de provar que houve o acordo, se é necessário, e o consentimento para a inscrição. Se o apresentante é o constituinte a titulo gratuito, tem de dar prova do consentimento do beneficiado para a inscrição (cf. Decreto n. 4.857, art. 238, parágrafo único).

4. NULIDADE DA INSCRIÇÃO. O ato de inscrição é ato do Estado. Exige-se a competência do oficial ou do juiz, e não de quem promoveu a inscrição: a esse só se exige ser capaz para o pedido exigência.

Nulidade da inscrição em si mesma somente há quando se viola regra jurídica dirigida ao oficial do registro.

São regras jurídicas de tal classe as que impõem que se insira na inscrição: *a)* o número de ordem e o da transcrição do imóvel; b) a

data; o) a circunscrição em que está situado; ti) a denominação do imóvel, se rural, e indicação da rua e número, se urbano; *e)* características e confrontações; *1)* nome, domicilio, profissão, estado e residência do outorgado do usufruto; g) o nome do direito real limitado; 19 título do usufruto, com todas as condições e especificações (isto é, acordo de constituição, com todas as cláusulas) ; *i>* valor do usufruto, prazo de duração, se há, e mais indicações (Decreto n. 4.857, art. 252, 1.O~10).

A inscrição faz-se no Livro 4, conforme o art. 250 do Decreto n. 4.857: "Estarão sujeitos à inscrição no Livro 4

o usufruto, o uso e a habitação, salvo quando resultarem de direito de família, a constituição de rendas vinculada a imóveis, por disposição de última vontade, e as servidões, mesmo aparentes" (Decreto n. 5.818, de 29 de fevereiro de 1940).

Observa-se, porém, que o número de ordem é o que consta do Protocolo, bem assim a data, iniciadora da eficácia, e o nome ou a menção da rua e número não faz falta, uma vez que é essencial inserirem-se as características e confrontações.

As nulidades não podem ser relevadas, ainda quando os extratos não sejam omissos. Nem, terminada a inscrição, pode o oficial reparar as nulidades que ocorreram (cf. Decreto n.370, de 2 de maio de 1890, art. 255, 1.8 parte; Decreto n. 3.453, de 26 de abril de 1865, art. 280, 1. parte>.

As nulidades podem ser decretadas pelo juiz, independentemente de ação (Decreto n. 370, art. 103, parágrafo único; Decreto n. 4.857, art. 229). São legitimados à alegação de tais nulidades o constituinte do usufruto, os credores dele, o usufrutuário, ou quem tenha interesse (Decreto n. 370, art. 255, 2.8 parte; Decreto n. 3.453, art.

280).

É inoperante qualquer falta de capacidade depois da protocolização. O pedido exigência é retirável. Se foi retirado, a apresentação por outrem, que é legitimado a apresentar, antes de protocolização de outro pedido exigência, em contradição com o primeiro, aproveita a protocolização.

5.INVALIDADE E NOVA INSCRIÇÃO. Se a inscrição é nula, e não o

acordo de constituição, nem o pedido exigência (portanto também não a protocolização), pode-se proceder a nova inscrição, cuja eficácia será desde a data do pedido exigência protocolizado.

Se a nulidade, ou a decretação de anulação apanha o pedido exigência, e não o .acordo de constituição, a data da eficácia da nova inscrição é a do novo pedido exigência.

Se nulo é o acordo, tem-se de obter decretação judicial de invalidade e pedir o cancelamento da inscrição. Até ao cancelamento, tem eficácia a inscrição, porque a invalidade dela não é a de pleno direito (cf. Tomo XI, §

1.247, 8 e 10).

6. INSCRIÇÃO INEFICAZ. ~ ineficaz a inscrição: a) se o que se quis inscrever como usufruto não é usufruto; todavia, pode ser tido como uso, ou como habitação, ou como renda sobre imóvel, ou como anticrese, se o que se inscreveu o é, em vez de usufruto; *b)* se, segundo o registro de imóveis, não era legitimado o constituinte.

Em a), há ineficácia, por inexistência; em lO, por nulidade.

O constituinte há de figurar no registro porque só assim se legitima à constituição.

7.REPRESENTação PARA SE OBTER A INSCRIÇÃO. No consentimento para a inscrição e no pedido de inscrição, é possível representação. Idem, a gestão de negócios, bem como a caução *de rato.*

CAPITULO XVI

EXERCÍCIO DO USUFRUTO

§ 2.322. Exercício direto e exercício indireto

1.USUFRUTO E MODOS DE EXERCÊ-LO. O usufrutuário não é obrigado a exercer o usufruto; mas, recebido por ele o bem usufruído, incumbem-lhe a guarda e a conservação do bem usufruído. Se, não tendo recebido o usufruto, por culpa sua, há foros, pensões, ou direitos

reais a serem pagos, tem o dever de solver essas dividas. Se o não recebeu por culpa do constituinte do usufruto, tem êsse de pagar o que ao usufrutuário incumbiria se de posse do bem usufruído estivesse.

O usufrutuário pode legar e fruir o bem, pessoalmente, ou pessoalmente e por intermédio dos membros da família, ou do grupo a que pertence, ou por algum ou alguns representantes, ou ceder o exercício do usufruto, ou outorgar a outros só. o uso e a fruição, ou só o uso, ou só a fruição.

2. RESPONSABILIDADES. O usufrutuário responde pelo exercício irregular do usufruto, ainda que a outro haja outorgado uso e fruição, ou cedido o exercício do usufruto.

§ 2.323. Usufruto sobre quotas de bens

1.CONDOMÍNIO E COMUNHÃO “PRO DIVISO”. O usufruto pode recair em edifício ou bem que pertença a uma só pessoa, ou que esteja em condomínio, ou em comunhão “pro diviso” *(e.* g., edifício de apartamentos), ou em quota da propriedade (parte indivisa), ou em parte divisa (mais quota no indiviso). Assim, o condômino A pode constituir usufruto sobre a quota a, que lhe toca, e o dono exclusivo do bem constituir usufruto da metade dele (= a outra quota fica livre do usufruto). É difícil mas pode ocorrer que o usufruto sobre a coisa se torne usufruto de quota devido à *confusão,* à *comissão* ou à *adjunção* (Código Civil, art. 615, § 1.0).

2.USO FRUTO DE QUOTA. O usufrutuário de quota tem os direitos de uso e fruição que derivam da comunhão existente entre os condôminos, ou comuneiros, e exerce os que, se não existisse o usufruto, seriam exerciveis pelo comproprietário ou comuneiro do bem usufruído. O exercício é cessível (Código Civil, art. 717, 2.8 parte).

3.CoNvtNías E ACORDOS ENTRE COMUNEIROS “PRO INDIVISO” ou “no nmso”. Se antes da constituição do usufruto como direito real havia convênão ou acordo entre os condôminos ou comuneiros, segundo a lei relativa à figura jurídica, o usufrutuário está vinculado como estaria o proprietário se usufruto não houvesse.

Durante o usufruto, qualquer convênão, ou acordo, que se haja de

concluir, tem de ser concluído contando-se com o usufrutuário, como se fora o proprietário. Mas tal convênão ou acordo somente pode ser eficaz, em relação ao proprietário, enquanto dure o usufruto, salvo, devido à legislação emergencial, em se tratando de locação de imóveis, assunto que depois se versará. Para se obviar aos inconvenientes da ineficácia, pode-se intimar o proprietária para, por sua declaração de vontade, se vincular, ou não, ao convênão ou acordo.

4.CESSação DA COMUNHÃO “PRO INDIVISO”. A todo tempo é licito aos condôminos exigir a divisão da coisa comum (Código Civil, art. 629>, ou acordar em que fique indivisa por termo não superior a cinco anos, susceptivel de prorrogação (art. 629, parágrafo único). Também pode acontecer que a coisa seja indivisível e se torne, pela divisão, imprópria ao seu destino (art. 632). Qualquer dessas deliberações somente pode ser tomada com a participação do proprietário e do usufrutuário, ou o suscitante seria o proprietário, ou outro condômino.

Se o proprietário vota *mio* e o usufrutuário *sim,* ou vice-versa, não se lhes contam os votos. Se é de exigir-se unanimidade, prevalece o voto *não.*

Se divide o bem, o usufruto recai sobre o que corresponde, em parte do bem, ou em outro bem, de regra dinheiro, ao proprietário da quota que estava gravada.

§ 2324. Danificação do bem usufruído

1.INDENIZação PELOS DANOS À COISA USUFRUÍDA.

Sempre que há danos à coisa usufruída e nasce pretensão à indenização, inclusive em virtude de seguro, dá-se *sub-rogação real* do que foi danificado (todo bem, parte integrante, pertença) na *pretensão à indeniza $o.*

Desde o momento em que se recebe a indenização, a sub-rogação real, Que ocorrera quanto à pretensão, recai no que se prestou. Se, posteriormente, se inverte em reconstrução, reparo, ou substituição do bem, a subrogação real passa a ser naquilo em que se inverteu a indenização.

2.QUANTIA INDENIZATÓRIA. Interessa-nos aqui, especialmente, o tempo em que o objeto ou parte do objeto do usufruto, por efeito da sub-rogação real, é quantia indenizatória. Essa quantia, enquanto não invertida, há de render: o usufrutuário é quem recebe os juros ou outros interesses. Se não está empregada, tem o usufrutuário pretensão a empregá-la. Para isso, se está depositada, há de requerer, judicialmente, a aplicação, ou acordar com o dono no seu emprego; se está em seu poder, a aplicação corre por sua conta e risco (cf. Código Civil, art. 719), se não tem de ser, invertido no mesmo bem destruído em parte, ou noutro bem de igual natureza. O art. 719 do Código Civil somente é de invocar-se se não há destinação especifica da quantia indenizatória. Se há essa destinação, nem o usufrutuário nem o dono têm arbítrio para a aplicação.

No caso de indenização por desapropriação, a sub-rogação real opera-se desde o momento em que é *devida* a indenização. Acontece o mesmo com a indenização por terceiro responsável.

## § 2.325. Indenização e sub-rogação

1. POSIÇÃO DO PROBLEMA. Seria demasiado ter-se o principio da adstrição do usufruto à destinação econômica, estética ou histórica da coisa como inamolgável, cogente e rígido, a ponto de não se poder atender a que existam casos em que a destinação não se impõe de tal maneira que, falhando, se extinga o usufruto. Mas seria contra o sistema jurídico que em todos os casos se permitisse a subsistência do usufruto, a respeito dos resíduos, se o perecimento termou impossível a destinação econômica, estética ou histórica.

A destinação econômica, estética ou histórica do bem usufruído é incólume à vontade do usufrutuário. Não a pode mudar. Está certo. Porém não pode ele ser prejudicado pela mudança de destinação, que derivou de transformação, *mutatio rei,* em que não teve culpa.

2.EXTINÇÃO OU SUB-ROGação. No art. 737 do Código Civil alude-se à destruição do edifício sem culpa do proprietário, isto é, à destruição do edifício sem culpa de qualquer pessoa (dono do prédio usufruído, usufrutuário ou terceiro). Diz o art. 737: “Se um edifício sujeito a usufruto for destruído sem culpa do proprietário, não será este obrigado a reconstitui-lo, nem o usufruto se restabelecerá, se o proprietário reconstruir à sua custa o prédio; mas, se ele estava seguro, a indenização paga fica sujeita ao ônus do usufruto”.

Se a indenização do seguro for aplicada à reconstrução do prédio, restabelecer-se-á usufruto. O art. 738 refere-se ao ressarcimento por terceiro. Hão de ser lidos os arte. 737 e 738 como se lá estivesse escrito:

"Se o edifício sujeito a usufruto foi destruído sem ser indenizável o dano, sem estar seguro e sem a espécie caber no art. 739, VII, o dono do prédio não tem dever e obrigação de reconstruí-lo e, se o reconstrói, o usufruto não se restabelece. Se há indenização, sem ser na espécie do art. 739, VII, restabelece-se o usufruto até que se inverta na reconstrução o que for recebido".

A *sub-rogação real* ai parcial, porque o terreno continuou sujeito a usufruto, devido à indenizabilidade não começa de dar-se somente após a prestação da indenização. Opera-se desde que o ato, causador do dano indenizável, foi praticado: a sub-rogação real inicia-se sobre a *pretensão à indenização;* depois, sobre a indenização recebida. Aplicada a quantia indenizatória, o usufruto é sobre todo o prédio, incluído o edifício reconstruído.

VI

3.SUB-ROGação POR BEM SEMELHANTE. Pode acontecer que a indenização seja por outro prédio edificado: então há sub-rogação real total, posto que de fontes diferentes; o edifício sub-roga-se ao edifício destruído; o terreno ao outro terreno, em virtude de troca para se facilitar o adimplemento da obrigação de indenizar. Para conseqüências jurídicas, inclusive fiscais, há troca. Se o devedor da indenização presta quantia que dê para a aquisição de outro prédio construído, há compra e venda no terreno *mais* indenização pelo dano.

Quando no art. 737, 2ª alínea, se diz que, se a indenização do seguro for aplicada à reconstrução, se restabelecerá o usufruto, havemos de entender que, sem descontinuído de na existência do usufruto desde que houve a destruição e nasceu a pretensão à indenização, se efetua nova sub-rogação real.

4. SEGURO E SUB-ROGação. No art. 738 estatui-se:"Também fica sub-rogada no ônus do usufruto, em lugar do prédio, a indenização paga, se ele for desapropriado, ou a importância do dano, ressarcido pelo terceiro responsável, no caso de danificação ou perda". Os princípios de sub-rogação são os mesmos. Se o dano foi parcial, é parcial a sub-rogação real; se só se desapropriou parte do prédio, também é parcial a sub-rogação real.

5.PRINCÍPIOS E SOLUÇÕES. O art. 737 somente concerne aos usufrutos em que o edifício exaure a destinação econômica, estética ou histórica do prédio; não àqueles em que a destinação do prédio *excede* a utilidade do edifício, isto é, em que o uso e a fruição recaem sobre o terreno *e* sobre o edifício. Se o terreno é de utilidade mínima, o art. 737 incide. Se o terreno é de utilidade considerável, o usufruto não se extingue, pOsto que não tenha o dono do prédio de reconstruir o edifício. Se o dono reconstrói o edifício em terreno em que se há de julgar que o usufruto continuou, invocável é O art. 784, relativo às reparações extraordinárias feitas pelo dono do prédio: o usufrutuário pagará os juros do capital despendido com a reconstrução.

Se, fora do caso especial do edifício (art. 739), o perecimento da coisa ou de parte integrante deixa resíduos, sem que a destinação do bem usufruído fesse tal que se haja de qualquer outro conteúdo ao usufruto, não se extingue o usufruto, que passa a ser sobre os resíduos. A utilidade econômica impõe que se admita a persistência. Surge, então, o problema dos *remédios consumíveis.* Se o bem usufruído não é consumível, mas o é o resíduo, o usufruto próprio transforma-se em usufruto impróprio, incidindo o art. 726 do Código Civil.

Há toda conveniência em que o usufrutuário, logo após a destruição do bem usufruído, proceda ao inventário do nOvo bem residual, à sua custa, determinando o estado em que se acha e prestando nova caução (cf. arts. 729 e 730).

## § 2.826. Exercício do usufruto e deteriorações ou gastos

1.EXERCÍCIO REGULAR E EXERCÍCIO IRREGULAR. Os dois conceitos exercício regular e exercício irregular têm, aqui, grande relevância. O exercício do usufruto é exercício de direito sobre coisa que provavelmente é alheia, sendo exceção o usufruto sobre coisa própria; porém não é como titular de direito pessoal que o usufrutuário exerce o direito de usufruto, é como titular de direito real. O exercício é regular ou irregular conforme o usufrutuário se Mantém, ou não, dentro dos limites do seu direito. O direito de usufruto é direito real limitado. Assim, o conceito de exercício regular, no art. 160, 1, 2ª parte, do Código „Civil e no art: 732 coincidem.

Quem exerce direito de usufruto, ou seja sobre bens imóveis ou seja sobre bens móveis, usa e frui, de modo que o uso e a fruição podem gastar ou deteriorar o bem usufruído. A causa de se gastar ou de se deteriorar o bem usufruído tem grande relevância, para se saber se foi,

ou não, o exercício que influiu no gasto ou na deterioração. Mas, ainda depois de se saber que a causa foi o exercício mesmo do usufruto, tem-se de verificar se êsse exercício foi *regular* ou *irregular*.

Lê-se no art. 782 do Código Civil: "O usufrutuário não é obrigado a pagar as deteriorações resultantes do exercício regular do usufruto". No direito romano, mais se apurava o elemento subjetivo (ULPIANO, L. 9, § 8, D., *usufructuarius quem admodum caveat,* 7, 9: "... não se obriga, todavia, se sem dolo mau o tiver devolvido muito deteriorado", attamen non obligari promissorem, si e am sitie dolo maIo adtritam reddiderit"). O Código Civil alemão, § 1.050, apenas alude a «ordnungsmãssigg Ausiibung", e o Código Civil suíço, art. 752, alínea 33, a "ordnungsgemãsser Gebrauch". Ficara a meio caminho o Código Civil austríaco, § 513,. 2.8 parte. O

Código Civil francês, art. 589, *in luze,* e os que o imitavam continuaram apegados ao subjetivismo da culpa *(verbis*"*t.* dans l"état oú elles se trouvent, non deteriorées par son doí ou par sa faute"».

2.flIRfirro BRASILEIRO. No Código Civil, art. 732, a irregularidade do exercício é apreciada como irregularidade com culpa. Não se tem, contudo, presunção de culpa, como se dá na doutrina suíça (H.

LEEMANN, Sachenrecht, *Kommentar* de M. GMflR, IV, II, 486 s.). A "culpa" ainda aparece como pressuposto necessário no art. 739, VII, do Código Civil, para se aplicar ao usufrutuário a sanção da extinção do usufruto.

§ 2.327. Uso e fruição

1. Uso. No uso da coisa, o exercício do usufruto pode ser regular ou irregular. O uso não produz bens novos. O

uso exaure-se a si mesmo. Quem usa irregularmente exerce irregularmente o usufruto. Usando o bem, pode o usufrutuário deteriorá-lo, gastá-lo. Se irregularmente o usa e o deteriora, responde ao dono do bem usufruído.

2.Fruição. A fruição produz bens novos. O que era parte integrante da coisa desprende-se dela e torna-se bem independente. Após isso, todo ato do usufrutuário, que deteriore os frutos, nada tem com o exercício do usufruto. Em todo caso, se, no tratamento, comércio ou

distribuição dos frutos, o usufrutuário deteriora ou ofende o bem usufruído, responde pelo ato ilícito, que todavia não é ato de exercício irregular do usufruto.

O usufrutuário tem o poder de disposição dos frutos, que são seus. Pode vender frutos pendentes, para que no tempo devido se colham.

O que se penhora ao usufrutuário são os frutos pendentes (dos já colhidos já é dono o usufrutuário, de jeito que a penhora é ao proprietário dos frutos). É penhorável o uso com os frutos (Câmara Cível do Tribunal da Relação de Minas Gerais, 23 de setembro de 1938, *R. F.,* 4, 278; 1.8 Câmara Cível do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, 22 de maio de 1941, 88, 195; 5.ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 17 de fevereiro de 1934, *R. dos T.,* 93, 322; 4.ª Câmara Civil, 6 de junho de 1934, 91, 341, *Á.* .1., 31, 406; 3.ª Câmara Civil da Corte de Apelação de São Paula, 4 de outubro de 1935 e 28 de outubro de 1942, *R. dos T.,* 107, 98, e *1?. F.,* 93, 101). Como, porém, se penhora o uso? Se alguém está usando, sem ser o usufrutuário, o correspectivo ao uso é fruto civil.

Se é o usufrutuário que usa, a penhora impede-lhe que transfira o exercício do usufruto, quanto ao uso, mas somente aproveita ao exeqüelente desde a arrematação e início do uso por outrem, ou pelo próprio credor.

Lê-se no art. 721: "Salvo direito adquirido por outrem, o usufrutuário faz seus os frutos naturais, pendentes ao começar o usufruto, sem encargo de pagar as despesas da produção". Acrescenta o parágrafo único do art. 721.

"Os frutos naturais, porém, pendentes ao tempo em que cessa o usufruto, pertencem ao dono também sem compensação das despesas".

3.ação DE REGULação DO EXERCÍCIO. Tratando-se de usufruto sabre florestas, ou minas, pode o usufrutuário, ou o nu proprietário, propor *ação de regulação do exercício* e modo de exploração, se não foi previsto no ato constitutivo. Não vale a cláusula que pré-exclua tal pretensão (J. BIERMANN, *Sachenrech,t,* 345). Igual ação, com caráter declarativo, têm-na eles, quanto aos demais exercícios.

CAPITULO XVII

EXTINÇÃO DO USUFRUTO

§ 2.328. Causas de extinção do usufruto

1.TEXTO LEGAL E PROBLEMA DE TÉCNICA LEGISLATIVA. A propósito da extinção do usufruto, teve a técnica legislativa de procurar na sistemática do instituto o que exaustivamente fesse causa de extinção.

As causas de extinção do usufruto ou são fatos jurídicos *siriflo sensu,* como a morte do usufrutuário, o decurso dos cem anos para o usufruto constituído a favor de pessoa jurídica e o perecimento do objeto do jurídico (ainda que a causa do perecimento seja ato jurídico ilícito, o perecimento é causa de extinção como fato jurídico stricto *sensu)* , ou são atos jurídicos, como o negócio jurídico da renúncia, ou da transferência da nua propriedade ao usufrutuário, ou do usufruto ao nu proprietário, ou a desapropriação da propriedade e do usufruto pelo Estado, ou do usufruto pelo Estado dono, ou de propriedade pelo Estado usufrutuário, ou a decisão judicial baseada no art. 739, VII, do Código Civil, ou cláusula do próprio ato de constituição (determinações mexas).

As causas a que se referem o art. 739, 1 <morte do usufrutuário), o art. 739, VI (prescrição das ações reais) e o art. 739, VII(culpa do usufrutuário) são comuns ao usufruto, ao uso e à habitação. A renúncia, o perecimento do objeto e a desapropriação, como causas de perda do direito real, são comuns a outros direitos.

Diz o Código Civil, art. 739: “O usufruto extingue-se: 1.Pela morte do usufrutuário. II. Pelo termo de sua dura-4a. III. PELA CESSÃO DA CAUSA de que se origina. IV. Pela destruição da coisa, não sendo fungível, guardadas as disposições dos arts.. 735, 737, 2.8 parte, e 738. V. Pela consolidação. VI. Pela prescrição. VII.

Por culpa do usufrutuário, quando aliena, deteriora, ou deixa arruinar as tens, não lhes acudindo com os reparos de conservação”

2.ANALISE DAS CAUSAS DE EXTINÇÃO. Extingue-se a usufruto:

a) Pela morte do usufrutuário (art. 739, 1) ou pela extinção da pessoa jurídica, aos cem anos da data “em que se começou de exercer” (art. 741). Par sua concepção, o usufruto é intransmissível a causa de

morte. A extinção aos cem anos vem da L. 56 (GALO), D., *de une fructzt et quemadrtwdtfln quis utatur frtuitur,* 7, 1, que o explicava como o termo da vida da homem longevo (qula is finis „vitae longaevi hominis est). O direito alemão suprimiu essa humilhação a propósito de pessoas jurídicas. Quanto ao começo da tempo de cem anos, e art. 741

fala de começa do exercício, para que, retardando-se êsse, não fique prejudicado a titular; mas é óbvio que as açoes do usufrutuário podem prescrever antes e extingue-Se o direito.

A temporariedade do usufruto, do usa e de. habitação é jus co *gene.* Propriedade que fesse "sempei abscedente usutrutu" (perpétuafliente abscedida, amputada, pelo usufruto) seria inútil, lê-se na § 1. 1., *de uni frtwtu,* 2, 4.

li) Pelo termo da sua duração (art. „739, II). O usufruto pode ser vitalício, ou não. Pode tratar-se de termo final ou de condição transitória.

e) Pela cessação da causa de que se angina (art. 739, III). ) Pela destruição da coisa, não sendo fungível, guardadas as disposições dos arts. 785, 737, 2.8 parte, e 738 (art. 739, IV).

e) Pela reiteração da propriedade e do usufruto na mesma pessoa *(consolidato, art.* 739, V). Enquanto o adquirente da propriedade não providencio o cancelamento do usufruto, esse persiste; de modo que, alienando, depois, a propriedade, continua usufrutuária. Â hipoteca feita no intervalo só recai sobre a propriedade sem o usufruto. A reunião de dois prédios, um dominante, outro serviente, na mesma pessoa, pode ter como conseqüência a extinção da servidão predial (art. „TiO,

II 2.328-2.838. EXTINÇÃO DO USUFRUTO?

1). NULO se produz ipso *inre.* Depende de o querer o dono das dois prédios. que pode pedir, ou não, o cancelamento <art. 711). Exceção ao * *Nuili res sua servit.* O usufrutuário pode adquirir o prédio usufruído e dar-se a consolidação (art. 739, V). mas só para a aquisição do prédio fica transcrito titulo; e a aquisição do usufruto pelo proprietário não extingue o usufruto se esse não resolve cancelá-lo (arg. aos arts.. 711, 717 e „739, V, que somente fala da consolidação, e não da reunião, na mesma pessoa, da propriedade e do usufruto). O *art.*

*71*"*? 4* explícita em admitir a transferência do usufruto, por alienação, ao proprietário da coisa, o que de maneira nenhuma é *renuncia.* Resta saber-se *se,* adquirindo o usufrutuário o prédio usufruído, pode *evitar* a consolidação< > (art. 739, 1.9. Ainda que não haja interesse na continuação do usufruto e conste do negócio jurídico da aquisição da propriedade que o adquirente não quer que se conserve o usufruto, nem de negócio j urídico (unilateral ou bilateral) que se transcreva *com* o titulo de aquisição, a consolidação não se dá. A transcrição, nesses casas, como nos demais, não teria o efeito da extinção *ips« jure.*

1) Pela prescrição <art. 739, VI) das pretensões e ações reais. O direito sobre o bem imóvel pode a) ainda não estar registrado e, assim, continuar apenas pessoal, b) 34 estar registrado, tornado, pois, real, ou o) não precisar de ser registrado para que exista como direito real (e. g., herança de usufruto deixado em testamento). As três situações são assas importantes para se saber acerca das suas pretensões, ações e exceções, bem como sâbre a prescrição.

A respeito de a), é imprescindivel atender-se a que as pretensões *e* as ações pessoais têm os seus prazos preseripestáveis e não interessam, praticamente. ao direito das coisas, por serem, ordinariamente, de prazo longo. O acordo de transmissão ou constituição é real, e dá ação para o registro: está implícito o consentimento para ; ao titular basta exercer a sua faculdade de pedi-lo. Em se tratando de coisa móvel, a a $o para haver a passe exssurge do direito real de usufruto.

Se o direito real é o domínio, o direito, oriundo da transcrição, não sofre extinção, por prescreverem as suas pretensões e ações: continua de existir, embora essa prescrição haja acontecido. Extingue-se, por incompossibilidade-se do registro mesmo consta nôvo proprietária, pela transcrição do titula sentencial de usucapião. Quanto às servidões (prediais), o Código Civil, art. 710, mantém a extinção pelo não-uso. Só a sentença pode declará-lo; e tal sentença tem de ser registrada. Não assim, quanto ao usufruto, ao uso e à habitação: é preciso que se dê a prescrição das pretensões e ações reais, para que se produza a extinção do direito. Note-se bem: a prescrição é exceção, só referente, portanto, à eficácia, que por ela fica encoberta; mas, ai, o sistema jurídica toma ao fato da prescrição das pretensões e ações reais para dele fazer *suporte fático* (suficiente) da extinção do direito (J. KOHLER, Beitrâge zum Servftutenreeht, *Ãrokiv «ir die civilistieche Prazis, 87,* 299 s.;

O. PLANa, *Kommentar,* 4.a ed., 256). O *non uns* nenhuma importância tem para a extinção do usufruto, do uso ou da habitação.

Usufruto, direito real, não prescreve: não há prescrição de direitos. Ainda quando se diz que a divida prescreveu, a que se há de entender é que a prescrição incidiu sobre a pretensão, ou a ação, que se irradiou do direito. Por outro lado, não há pensar-se em qualquer eficácia extintiva por parte da prescrição: prescrição apenas encobre eficácia; encobrindo a eficácia da pretensão ou da ação, encobre um dos efeitos do direito, e da!

falar-se, elipticamente, em prescrição de divida. Quando o art. 739, VI, fala de extinção do usufruto pela prescrição, o que se há de entender é que, extintas as pretensões reais, a lei tem por suficiente tal fato como CaIBa de extinção. A prescrição, a que se refere o art. 729, VI, é a do art. 17?, 2.8 parte, *e. g., a* ação real confessória (MANUEL MENDES DE CÂSTEo, *De Arnwnis civilibus,* 6 e 17: ..... si usufructus reliquatur, compete acuo confessaria, quae datur adversus quemcunque possessorem. .“; GÃaRia PEREIRA DE

CASTEO, *Des siones,* 458>. É erro invocar-se o art. 550, ou o art. 619, como fêz L. F. 8. CÂRFENTER

*(Manual,* IV, 364), arrastando a isso a □

6 a Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paula, a 28 de abril de 1948 *(R. dos 2*“*.,* 174, 156). O art. 739, VI, referiu-se à prescrição cama elemento do suporte fático da extinção do usufruto. Prescrição não é usucapião.

As ações reais que nascem do usufruto, do uso e da habitação prescrevem em dez anos, entre presentes, e quinze, entre

ausentes (art. 177, 2.8 parte), contadas da data em que as ações poderiam ter sido proposta.

Se o registro foi cancelado sem razão, a ação para evitar a extinção é a real: o seu prazo preseripetorial é o mesmo da art. 11“?, □

2 a parte; canta-se do dia em que a ação podia ser proposta, e não da data do cancelamento injusta, pois antes podia estar correndo o prazo (J. BInMÂNN, *Saichenrecht,* 139; Ta. WOLEF, Díe ungerechtfertige Lõsehung, *Arohiv 11W die civilistische Praxis,* 91, 372; sem razia, J. KOHLER, Beititge zum Senitutexxrecht, *Archiv.* 87, 296).

Se o usufruto, uso ou habitação proveio de outra fonte que o negócio jurídico entre vivos, ou, *mortis causa,* não foi concebida como a partir de depois da morte (legado, encargo), as ações começam a prescrever desde a fato a que se prende (pátrio poder, marte).

g) Par culpa do usufrutuário, quando aliena, deteriora, ou deixa arruinarem-se os bens, não lhes acudindo com os reparos de conservação (art. 739, VII). h) Pela renúncia.

1) Se terceiro adquire a coisa, com o caráter de propriedade livre de direitos reais, ou, pelo menos, do usufruto de que se trata <*e.* o., direito de usufruto de imóvel *anterior* ao cômputo dos vinte anos, ou dos dez, ou quinze, em caso de titulo e boa fé do usucapiente).

A permissão de se transferir o usufruto ao proprietário foi introduzida para se tornar válido o acordo de transmissão, ao lado da renúncia que leva à consolidação da propriedade.

§ 2.329. Morte do usufrutuário e extinção da pessoa jurídica

1. PESSOA FÍSICA. A razão para se fazer limitado A vida do usufrutuário o usufruto está em que se quer, com a. constituição do usufruto, beneficiar-se a alguma pessoa, e não atribuir-lhe valor negociável. Por outro lado, seria ante econômico permitir a prolongação do usufruto além da vida de cada usufrutuário. A transmissibilidade do usufruto deformaria, profundamente, o instituto.

Não importa a causa da morte. O assassino pelo dono do bem usufruído, cuja propriedade se consolida, extingue o usufruto. *De jure condendo, a* lei poderia introduzir transmissão excepcional, perdurando o usufruto até a duração provável do usufrutuário assassinado, mas tal não ocorreu, e não se pode introduzir no sistema jurídico qualquer atenuação ao princípio da intransmissibilidade.

Quanto à sucessão provisória, não alcança ela os bens em usufruto: o curador nomeado, quer em caso de ausência, quer em caso de herdeiro ausente, fica de posse do bem usufruído, ainda que se haja aberto a sucessão quanto aos bens transmissíveis (cf. Código Civil, arts. 468-468, 1.591-1.594).

O usufruto só se tem, presumidamente, por extinto se o ausente conta oitenta anos de nascido e de cinco anos datam as últimas notícias (Código Civil, art. 482); ou b) vinte anos depois de passada em julgado a sentença que deferiu o pedido de sucessão provisória (art. 481) ; e) tratando-se de bens de herança “acante, nada tem com eles o usufruto, que é intransmissível, mas o usufruto constituído em testamento é vacante após a declaração a que se refere o art. 1.598 do Código Civil; *d)* se o decujo, estrangeiro, deixou viúva, Brasileira,

conforme o Decreto-lei n. 8.200, de 19 de abril de 1941, art. 17, e está ausente, ou desaparecida, julga-se vacante a herança de usufruto, nos termos do art. 1.593 do Código Civil; *e)* se é de presumir-se a morte do tripulante usufrutuário, segundo o art. 1.0 e § 1.0 do Decreto-lei n. 3.577, de 19 de setembro de 1941, ou do militar, servidor público e militares da aeronáutica (Decretos

-leis n. 4.819, de 8 de outubro de 1942; n. 5.782, de 30 de agosto de 1943 e n. 6.289, de 8 de fevereiro de 1944).

A consolidação é, portanto, só presumida. Se aparece o usufrutuário, a presunção cede, o usufrutuário retoma o bem usufruído e o curador, ou dono, presta contas, porque não fêz seus os frutos.

Pode dar-se que no decurso do tempo entre o inicio da presunção e a aparição do usufrutuário tenha ocorrido extinção por outra causa (Código Civil, art. „789, 11-Vil).

O que acima se disse sobre a presunção de extinção do usufruto por presunção de morte do usufrutuário nada tem com a presunção de morte do cessionário do exercício do usufruto. Morto êsse, o direito de exercício transmite-se a seus herdeiros. Se algum dos herdeiros, ou o herdeiro, ou os herdeiros estão ausentes, ou deles não se tem noticias, podem dar-se a sucessão provisória e a definitiva. Seé o cessionário o ausente, os herdeiros presumíveis têm a pretensão à sucessão provisória ou definitiva.

## 2.USUFRUTO CONJUNTIVO E USUFRUTO SUCESSIVO.

O usufruto conjuntivo só se extingue com a morte do último titular, se tal foi estabelecido no ato constitutivo.

Enquanto falecem os outros, ou desde que o outro falece, concentra-se o direito real, se tal se estabelecera no ato constitutivo. Se nada se dispôs nesse sentido, a extinção é pelas quotas dos co-usufrutuários atingidos.

Lê-se no art. 740 do Código Civil: “Constituído o usufruto em favor de dois ou mais indivíduos, extinguir-se-á parte a parte em relação a cada um dos que falecerem, salvo se, por estipulação expressa, o quinhão dêsse couber ao sobrevivente”.

Segundo a L. 34, pr., D., *de* tia *et uau frzwtu et reditu et habitatione et*

*operis per legatum veZ lidei conmiaaum datis,* 33, 2 (CÉVOLÁ), a parte do premorto passava aos outros, se o contrário não se houvesse disposto. O

direito brasileiro inverteu a regra jurídica: só se dá a passagem aos outros co-titulares se foi isso disposto (Código Civil, art. 740). Há de prestar-se toda atenção a êsse ponto, porque os outros sistemas jurídicos não têm a mesma solução (cp. Código Civil português, art. 2.250; espanhol, art. 52; italiano, art. 678). A concepção procede de TEIXEIRA DE FREITAS *(EsbOço,* art. 4.676): "Constituído o usufruto em proveito de duas ou mais pessoas vivas ao tempo de sua constituição, extinguir-se-á parcialmente pelo falecimento de cada uma delas, sem que o sobrevivente ou os sobreviventes tenham direito de acrescer, a menos que no instrumento constitutivo do usufruto se estipulasse, ou dispusesse, expressamente, o contrário". No texto do Código Civil, não se alude a estarem vivos os outorgados, elemento do suporte fático da regra que TEIXEIRA DE FREITAS

formulou. Para os que não estavam vivos nada foi e só se têm como co-usufrutuários os que viviam ao tempo da constituição. A solução, no sistema jurídico brasileiro, tem de ser a mesma.

3. PESSOA JURÍDICA. Diz o Código Civil, art. 741: "O usufruto constituído em favor de pessoa jurídica extingue-se com esta, ou, se ela perdurar, aos cem anos da data em que se começou a exercer". A admissão do termo legal para o usufruto constituído a favor da pessoa jurídica substituiu a vedação da constituição de usufruto a favor de tais pessoas. O direito comum recebeu o usufruto a favor das pessoas jurídicas, com o limite temporal dos cem anos, à romana. No direito austríaco (§ 529) e no alemão (§ 1.061), o limite temporal desaparece: só à extinção da pessoa jurídica se referem esses sistemas jurídicos.

Não hA distinção entre as pessoas jurídicas. O art. 741 do Código Civil tanto se refere às pessoas jurídicas de direito público quanto às pessoas jurídicas de direito privado. Sociedades sem personalidade não estão incluídas, porque, a respeito do usufruto a favor delas, ocorre o que se dá com o usufruto a favor de duas ou mais pessoas (assim, G. VENEZIAN, Dell"Usufrutto, dell"Uso e dell"Abitazione, *Ii Diritto civite italiano,* II, 2ª

ed., 817). Pergunta-se: se é de admitir-se que se teve por fito a usufruição por patrimônio *(e. g.,* pela empresa), e não pelas pessoas componentes da sociedade ou titulares iniciais, ~ há espécie em que o art. 741 do Código Civil incida?

Em verdade, o Código Civil fêz a duração máxima do usufruto depender da vida do usufrutuário ou dos cem anos de exercício pela pessoa jurídica. Não cogitou do usufruto a favor de patrimônio de entidade não-personificada. Para se fazer incidir o art. 741, e não o art. 740, ter-se-ia de lançar mão de interpretação analógica, pois o art. 741 só se refere a pessoas jurídicas.

Donde três espécies: a) o constituinte teve por fito os sócios ou, os comuneiros do patrimônio, por não se tratar de pessoa jurídica, e nada dispôs quanto à sorte das quotas, razão para se entender que a cada falecimento se extingue, quanto à quota do falecido, o usufruto; *b)* o constituinte teve por fito os sócios ou os comuneiros do patrimônio, por se não tratar de pessoa jurídica, e dispôs que a cada falecimento de usufrutuário por quota, os outros seriam usufrutuários dessa, de modo que se extingue o usufruto com a morte do último; e) o constituinte abstraiu dos titulares e pensou no proveito do patrimônio, *corno se fesse personificado,* ou *como se pertencesse* a pessoa *jurídica.*

Argumento contra a incidência do art. 741 é o de se tratar de regra jurídica de preclusão, que não há de ser interpretada analogicamente. Outro é o de ser necessário que exista, ao constituir-se e durante o tempo da duração do usufruto, o outorgado. Mais outro: o de se não poder, *is fraudem legis,* fazer transferível o usufruto.

A atribuição a pessoa física, mas com a intenção de utilidade de patrimônio somente pode ter a interpretação de incidir o art. 740, 2ª parte, do Código Civil, e não a l. parte: nunca de se afastar a incidência do art. 739, 1.

A atribuição a pessoas físicas ou a pessoas jurídicas, se está em causa patrimônio, que deva ser mantido com usufruto completo até extinguir-se o direito real, é atribuição em que o último usufrutuário exercerá, sozinho, o usufruto.

A extinção de pessoa jurídica, antes de se completarem os cem anos do art. 741 do Código Civil, extingue o usufruto; e não valeria a cláusula que estabelecesse a sucessão por outra pessoa jurídica, ou por pessoa física, ainda que membro da sociedade personalizada. Os cem anos são limite máximo. Decorrida a centúria, extingue-se o usufruto, ainda que não esteja extinta a pessoa jurídica.

Se a pessoa jurídica, em vez de se extinguir, se transforma, o usufruto não se extingue.

Também não se extingue o usufruto, se a pessoa jurídica usufrutuária

se funde noutra.

§ 2.330. Termo de duração

1. DETERMINAÇÕES INEXAS. O ato constitutivo pode conter cláusula de *Mimo* ou de *condição.* Termo resolutivo ou condição resolutiva, que funciona, aí, como causa de extinção automática, à semelhança da morte, do perecimento do objeto, ou do decurso dos cem anos, em se tratando de usufruto a favor de pessoa jurídica.

A extinção em vista de determinação não de termo só se dá se ao termo se chega antes da morte do usufrutuário, ou de qualquer outro fato extintivo. Ocorre o mesmo com a determinação mexa de condição.

Tratando-se de usufruto a favor de pessoa jurídica, o termo que se marque para além dos cem anos a que alude o art. 741 é completamente ineficaz.

Termo e condição funcionam como ponto final na duração do direito real de usufruto. O Código Civil, art. 739, IX, falou apenas de "termo", mas há de entender-se que lhe atribui conceito largo (tomo ou condição). Não há, a rigor, ai, fato extintivo, por se tratar de determinação mexa (Tomo V, §§ 538-552).

2.DETERMINação INEXA E CESSÃO DO EXERCÍCIO DO USUFRUTO. A cessão do exercício do usufruto contém a cláusula implícita de cessar o direito do cessionário ao extinguir-se o usufruto. Se a cessão foi a termo resolutivo ou condição resolutiva, acaba antes de acabar o usufruto. O cessionário não adquire usufruto, nem direito real. Os poderes de uso e fruição passam ao cessionário, bem assim as obrigações *proyter rem* peculiares ao usufruto.

§ 2.381. Cessação da causa de que se origina o usufruto

1. Cnuçlo DA CAUSA DO DIREITO. A expressão "causa" está, aí, em sentido de fonte, e não de causa de negócio jurídico. O art. 739, III, do Código Civil atende às fontes não-negociais, como o pátrio poder e a viuvez da Brasileira casada com estrangeiro sem ser pelo regime da comunhão universal de bens.

2.EXTINÇÃO DO USUFRUTO LEGAL. A extinção dos usufrutos constituídos *ex lege* entra na classe do art.

739, III:

"cessação da causa de que se origina". A constituição por lei é a que resulta da incidência da regra jurídica em cujo suporte fático não há negócio jurídico, entre vivos ou a causa de morte. Se o suporte fático se torna insuficiente, a incidência cessa. Todavia, há causas comuns de extinção aos usufrutos de origem negocial e aos usufrutos de origem legal: a morte do usufrutuário, que também causa deficiência do suporte fático da regra jurídica de que o usufruto legal resultou; a renúncia, se o usufruto legal, de que se trata, é renunciável; a culpa do usufrutuário, inclusive em caso de suspensão do pátrio poder ou do direito de usufruto (Código Civil, art.

394). A perda do pátrio poder é extinção por cessação. da causa de que o usufruto se origina.

§ 2.332. Destruição da cola não-fungível

1. TEXTO LEGAL. Diz o art. 789 do Código Civil: "O usufruto extingue-se: IV. Pela destruição da coisa, não sendo fungível, guardadas as disposições dos arts. 735, 737, 2ª parte, e 728".

Frise-se, de inicio, a diferença entre o art. 739, IV, do Código Civil e o art. 692, 1, relativo à enfiteuse. Não há, no tocante ao usufruto, o critério quantitativo que o legislador adotou no art. 692, 1.

O objeto do usufruto é bem fungível, ou infungível. O perecimento é total, ou é parcial.

2.BEM FUNGÍVEL. Se o bem é fungível, resulta da própria fungibilidade que o usufrutuário, que o deixa de ser, pode restituir a mesma ou outra coisa. Já dissemos que o conceito de bem fungível não coincide, em toda extensão, com o de bem consumível. No usufruto impróprio ou quase-usufruto, em que o bem usufruído passa ao domínio do usufrutuário <Código Civil, art. 726), não há pensar-se em extinção por destruição da coisa (Código Civil, art. 739, IV).

3.BEM NÃO-Fungível. Se destrói, qualquer que seja a causa, o bem não-fungível, não mais pode ser restituido, e o usufruto extingue-se. Se o objeto do usufruto é crédito e se extinguiu, automaticamente se

extingue o usufruto.

Surgem, então, dois problemas: a) o da destruição só parcial; b) o da destruição que deixa resíduos.

O perecimento total da coisa infungível sem deixar resíduos, nenhuma questão suscita. Mesmo porque, se a coisa estava segura, se dá a sub-rogação real, segundo os princípios já expostos alhures.

Lê-se no Código Civil, art. 737: "Se um edifício sujeito a usufruto for destruído sem culpa do proprietário, não será este obrigado a reconstruí-lo, nem o usufruto se restabelecerá se o proprietário reconstruir à sua custa o prédio; mas, se ele estava seguro, a indenização paga fica sujeita ao ônus do usufruto. Se a indenização do seguro for aplicada *à* reconstrução do prédio, restabelecer-se-á o usufruto".

Do art. 737 tira-se que: a) o dono do bem usufruído não tem dever e obrigação de reedificação, se o perecimento foi total, e o pode reedificar sem que renasça o usufruto; *b)* se há pretensão a indenização por estar seguro o edifício, automaticamente se opera a sub-rogação real.

A ciência é que pode fazer a critica à redação do art. 737 e ao mesmo tempo explorar-lhe e revelar-lhe o conteúdo. IA-se no art. 737 que, "se ele (o edifício) estava seguro, a indenização paga fica sujeita ao anus do usufruto", O que se deve entender, para que não se caia no erro de se pensar em lapso entre dois usufrutos < um até o perecimento e outro *desde* a prestação da indenização), é que: se o edifício (não o prédio, porque "prédio" não é edifício) estava seguro, há sub-rogação do bem (ou parte dele) pela pretensão à indenização pelo seguro e, depois, pela indenização recebida. Não há descontinuidade na existência do usufruto. *Pelo menos,* duas subrogações reais acontecem.

Se a indenização do seguro for aplicada na reconstrução, bá nova sub-rogação pelo que se construiu. Portanto, *pelo menos* três sub-rogações reais.

Diz o art. 738 do Código Civil: "Também fica sub-rogada no ônus do usufruto, em lugar do prédio, a indenização paga, se ele for desapropriado, ou a importância do dano, ressarcido pelo terceiro responsável no caso de danificação, ou perda". Também aqui há, *pelo* menos, duas sub-rogações reais. Se a importância da indenização pelo responsável não só pelo terceiro, porque pode ser pelo dono do bem usufruído há, *pelo menos,* três sub-rogações reais.

4. PERECIMENTO PARCIAL. Se a. destruição ou extinção é parcial *(e.* g., somente cláusula do negócio jurídico cujo crédito era objeto do usufruto foi anulada), o usufruto subsiste quanto ao que resta. Discute-se se, extinto o usufruto quanto ao bem principal, permanece quanto às pertenças. A resposta tradicional é no sentido da negativa (J. B. V. PEOUDHON, *TraiU de. Droita d‟Uaufruit, d‟Usage, d‟Habitation et de Super/ide,* IV, 650 5.; C. DEMOLOMBE, *Conis de Code Napoléon, X,* 629 a.; E~ PÂcn‟xcI - MÂZzÓNI, *Codice Civile italiaiao com.ment ato,* 1, 544). No sentido da afirmativa, F. DE MÃanNo (Dell‟Usufrutto, dell‟Uso e dell‟Abitazione, *Commen tarjo dez Codite Civile* de A. ScIM.oJÁ e O. BWWA, III, 263) e O. PUGLIESE

(Usufrutto, Uso-Abitazione, *Trattato di Diritto Civile italiano* de IX VAsSÂL

*ti,* IV, *5,* 545). Sem razão a pretendida alteração à doutrina: a relação de pertinencialidade não resulta da relação jurídica real do usufruto; o fim econômico da coisa é que prende a ela a pertença; a ligação é táctica, a vontade sozinha não determina relação de pertinencialidade (Tomo II, § 148); a pertinencialidade nasce de ato jurídico (§ 144), é relação táctica (§ 147) ; se o bem de que outro é pertença desaparece, cessa, necessariamente, a relação de pertinencialidade (§ 148), salvo subrogação real que permita a substituição da coisa de que a outra é pertença.

5.PERECIMENTO COM RESÍDUOS. Se o perecimento é tal que se teria de extinguir o usufruto, mas deixou resíduos apreciáveis, de modo que ainda haja utilidade econômica, não se pode ter por extinto o usufruto, salvo se a *rei mutatio* implica fugir-se à destinação econômica e não se conceberia outra destinação, nos tênnos em que foi constituído o usufruto. No direito romano, ULPIANO (L. 5, § 2, D., *quibus modis naus fructus vel uns amittitur,* 7, 4) dizia: “Rei mutatione interire usum fructum placet: veluti usus fructus mihi aedium legatus est, aedes corruerunt vel exustae sunt: sine dubio extinguitur. an et areae? certissimum est exustis aedibus nec areae nec caementorum usum fructum deberi. et ita et Julianus”. Na L. 5, § 3: “Si areae sit usus fructus legatus et in ea aedificium sit positum, rem mutari et usum fructum extingui constat. plane si proprietarius hoc fecit, ex testamento vel de dolo tenebitur”. Estabelecido está que, pela mutação da coisa, perece o usufruto: se, por exemplo, se me lega usufruto de casas e as casas se arruínam ou se queimam, sem dúvida se extingue. Também o do terreno? Certíssimo é que, queimadas as casas, não se deve o usufruto nem do terreno nem da alvenaria. E

assim também JULIANO.

Portanto, nem JULIANO nem ULPIANO admitiam a continuação do usufruto, após a destruição, sobre os resíduos. Na L. 5, § 8, ULPIANO fala do legado de usufruto de terreno, em que, depois, se levantou edifício, afirmando que, com a *mutatio rei,* o usufruto se extingue. Se o fêz o próprio dono, fica *obrigado* (tenebitur) note-se "obrigado" em virtude do testamento, ou pelo dolo. Cumpria ao jurista distinguir o terreno destinado a construção e o terreno não-destinado a construção; e até ai não foi. A elaboração doutrinAria foi, evidentemente, pós-romana.

Na L. 10, II 1-8, ULPIÁNO apresenta a espécie em que o testador, demolidas as casas, construiu novas, e a espécie em que as reedificou (si per partes deficit), a do campo ou terreno inundado, a do tanque que secou; depois, a daquelas em que se legou bosque e se lhe mudou a destinação, ou em que se legou massa e se fizeram vasos, ou em que se desfez o ornamento legado (§f 1-6). Quanto à nave, SABINO admitia a conservação do usufruto se foi reconstruída por partes, porém não, se foi toda desmontada, ainda que aproveitadas todas as tábuas. E com isso concordou ULPIANO (5 7). Mas lese logo a seguir (5 8) teve de pensar no caso de morrer algum dos cavalos legados:

e opinou que se haviam de distinguir o legado de z cavalos e o legado de quadriga (nam si equorum, supererit in residuis, si quadrigae, non remanebit, quoniam quadriga esse desiit).

Na L 22, D., *de legais* a *fideicommisaia,* 80, Porn‟Owío cogita da diminuição do rebanho legado, vivo o testador, e de .*6* restar, à abertura da sucessão, um boi, podendo ser reivindicado; e portanto do legado de casa, que se queimou, por ser possível vindicar o terreno. Ai, não se cogita de usufruto.

O conceito de coisa coletiva intervém e no sistema jurídico brasileiro há regras jurídicas que lhe fazem honra (Código Civil, art. 54: "As coisas simples ou compostas, materiais ou imateriais, são singulares ou coletivas: 1.

Singulares, quando, embora reunidas, se consideram de per si, independentemente das demais. II. Colet ivas, ou universais, quando se encaram agregadas em todo; art. 55: "Nas coisas coletivas, em desaparecendo todos os indivíduos menos um, se tem por extinta a coletividade").

Posto de parte que não se trate de coisa coletiva na L. 10, § 8 (o que, sem razão, supusera H. GÕPPERT, *Ober einkeitliche*

*zusammengesetzte und Gesammt-Sachen nack rtimischem Reckt,* 97; aliás, podiam ser de três ou de dois cavalos os carros, ainda em circo), temos de considerar o problema da coisa simples e o das coisas coletivas, tal como o direito de hoje no-los põe.

No tocante a edifício destruído, o art. 737 explicita que, se não houve culpa do proprietário, não é ele obrigado a reconstruí-lo. Se no uso e fruição do edifício é que consistia o usufruto, sendo mínima a utilidade do terreno, o usufruto extingue-se. Há, porém, duas espécies que merecem atenção: 1) Se o usufruto somente se poderia extinguir se reconstruído não fesse o edifício, por não haver indenização de seguro, pode o usufrutuário reconstruí-lo à sua custa? 2) Se o usufruto não se extinguir, porque o terreno tem utilidade suficiente para que continue o usufruto, . pode reconstruí-lo o usufrutuário?

1)Á primeira questão é menos fácil responder-se. Extinção ou se dá, ou não se dá. Se extinguiu o usufruto, a reconstrução pelo usufrutuário, que tivesse a conseqüência de conservar o usufruto, em verdade ressuscitá-lo-ia.

Seria caso de revivencência. Há três soluções, de *lege ferenda:* a) a de admitir-se que o usufrutuário possa, antes de se consumar o perecimento, reconstruir o edifício, como poderia repará-lo, notificando o dono do bem usufruído quanto a estar disposto a reconstruir o edifício, caso não o queira reconstruir o dono, evitando - se, assim, o ter-se de penar em revivescência; a de não ter o usufrutuário qualquer pretensão ou poder de reconstrução, por se haver extinguido, automaticamente, o usufruto; e) a de poder o usufrutuário começar a reconstruir o edifício, a despeito da extinção, enquanto não entrega o bem (solução da revivescência).

Antes de se extinguir o usufruto pode o usufrutuário iniciar a reedificação, o que impede o perecimento total e restitui ao objeto usufruído a parte integrante que pereceu.

2)Se o usufruto não se extinguiu, pode o usufrutuário reconstruir o edifício, sem lhe mudar a utilidade econômica, notificando, antes, o dono, que pode preferir reconstruí-lo.

Na espécie 1 >, o usufrutuário somente tem a ação pelas reparações, ou pelo que reedificou como reparação. Na espécie 2), tem a ação de

reparação, como a teria, pelas despesas extraordinárias, o dono.

No sistema jurídico não cabe a solução lO, nem a solução *o).* Extinto o usufruto, não há revivescência.

Em Udas as espécies acima expostas supõe-se fortuito ou em virtude de interesse maior *(e.* g., sacrifício por lei de saúde pública) o perecimento.

6.PERECIMENTO IMPUTÁVEL AO DONO, AO USUFRUTUÁRIO OU A naczmo. Sempre que o perecimento resulta de ato de que foi causador o dono, ou terceiro, há a indenizabilidade do dano e o art. 787 do Código Civil, a *contrario sensu,* ou o art. 738, 2ª parte, respectivamente.

a) O dono que foi causador do dano, inclusive perecimento total, deve a indenização, de modo que se dá, automAticamente, a sub-rogação real. Dissemos "causador do dano", porque somente se não há culpa do proprietário é que não se conserva o usufruto, sobrevindo perecimento total, e há casos de indenização sem culpa.

b)O terceiro pode ter causado o dano, de que se originou o perecimento, com ou sem culpa. A distinção não importa se tem ele de indenizar. Na pretensão à indenização sub-roga-se o bem perecido, no mesmo momento em que perece.

O que, em a) e em b), se expôs quanto ao perecimento total, também se há de entender a respeito do perecimento parcial, se há indenizabilidade. A sub-rogação real é, então, parcial. No mais, o usufruto continua de gravar o restante. Não importa se o indenizante é o dono ou terceiro.

A sub-rogação real dá-se logo que nasce a pretensão à indenização; de modo que para a prestação em coisa que não seja dinheiro tem de haver o consentimento do dono e do usufrutuário, ainda que seja em coisa da mesma natureza e do mesmo valor.

7.SEGURO E INDENIZação; SUB-ROGação REAL. Como a respeito da indenização oriunda de responsabilidade de terceiro, ou do dono do objeto usufruído, pelo ato ilícito, ou pelo fato ilícito, a sub-rogação, no „tocante a indenização pelo segurador, ocorre desde que nasce a *pretensão ao seguro,* e não só desde que a indenização é prestada. Não há qualquer instante em que não tenha existido o usufruto.

Não importa, tão pouco, se a indenização é por perecimento total, ou parcial.

De ordinário, na doutrina, só se alude à responsabilidade do terceiro, ou dono, pela culpa; mas, havendo, como há, reparabilidade sem culpa, dá-se a sub-rogação real tanto nos casos de culpa como nos casos de pretendo <e indenização) sem culpa.

Durante o tempo em que há a sub-rogação real em pretensão à indenização pelo seguro, ou em indenização, o usufruto é o mesmo e sobre coisa não-fungível. Não se transforma em usufruto sobre coisa fungível, nem, a *fortiori,* em usufruto sobre coisa consumível. Daí serem necessários os consentimentos do dono e do usufrutuário para que a indenização seja prestada.

8. DESAPROPRIação E REQUISIÇÃO. A desapropriação é causa de perda da propriedade e de direitos reais limitados. Pode-se desapropriar a propriedade plena, ou só o usufruto, ou o uso, ou a habitação. O art. 788 do Código Civil só se refere à desapropriação, mas é de entender-se que aí está incluída a *requisição expro"pri ativa* (cf. Constituição de 1946, art. 141, § 16, 2ª parte: "Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito a indenização ulterior"). Sobre as requisições expropriativas, Tomo XIV,

§§ 1.613, 2, 1.617, 1, 1.627, 2, 4, 1.628, 1, e 1.629. indenização pela desapropriação, ou pela requisição, ou se faz ao dono e ao usufrutuário, separadamente, ou globalmente aos dois, o que é a regra quase inexcetuada. O

direito brasileiro adota o *principio da unicidade da indenizaso.*

Não é o dono o único sujeito passivo da ação de desapropriação; o usufrutuário também o é. A indenização não é paga somente ao proprietário; é paga aos dois, a um como dono e ao outro como usufrutuário (Tomo XIV, 1

1.613, 1, 5 e 6).

Recebem a indenização dono e usufrutuário, sem que se estabeleça usufruto impróprio, ou, sequer, usufruto sobre coisa fungível, pois a sub-rogação real impede essa transformação do usufruto. A solução da entrega de quotas segundo o valor da nua propriedade e o do usufruto *(e.* g., CÂRUGNO, *L"Eapropriazione per pubbiica utilitã,* 260 s.) é de

repelir-se. Bem assim, a da entrega ao usufrutuário, com a restituição ao dono, extinto o usufruto (J. B. V. PROUDHON, *TraiU des Droits d‟ Usufruit, <1‟ Usage, d‟Habitation et de Super tiMe,* IV, 619; SAEBATINI-BL&MONTI, *Cora raento alie Leggi atue Esproriazione per pubblica utilitá,* II, 8.‟ ed., 165

5.; MAURICE PICÂED, Des Biens, M. PLANÃOL-O. RívnT, *Trait# pratique de Droit cfrit* III, 2.‟ ed., 842, 1). No sistema jurídico brasileiro, a nitidez com que se concebe a sub-rogação real impede que se permita a solução da entrega ao usufrutuário, com a simples obrigação de restituir o *tantundern.* O usufruto não ressurge sobre o crédito. O usufruto continuou de existir sobre a pretensão à indenização desde que ela nasceu e sobre a indenização, desde que foi paga. Concorrem o direito do proprietário e o direito do usufrutuário. Para receberem a indenização, hão de estar presentes o dono e o usufrutuário, porque um é titular do domínio sobre a indenização e outro o usufrutuário. Se não é possível concordância, qualquer deles pode requerer o depósito e o próprio juiz pode ordená-lo. Os dois interessados podem acordar, por exemplo, em que se entregue, desde já, a empresa construtora o que se reputa depósito, para se irem pagando as prestaçÕes segundo plano ou projeto de construção alhures.

Se o dono deve e os credores penhoraram o bem, ou a pretensão à indenização, ou a indenização, deduz-se do que há de ser entregue o que está sujeito a execução. Mas, se o usufruto não é atingido pelas dividas, por serem posteriores à constituição dele, ou só se adjudica aos credores a soma gravada para ser aplicada, ou eles concordam em que o usufrutuário a aplique, somente restituindo, extinto o usufruto, o *tantundera.* De regra, tem-se de depositar a quantia, com as indicações de propriedade e usufruto, até que se proceda à inversão. Se as dividas do dono não absorvem a indenização, também ele figura entre os comuneiros da propriedade.

No sistema jurídico brasileiro, o usufrutuário não tem o dever de segurar, posto que, se está seguro o bem gravado, lhe caiba pagar os prêmios. Todavia, em matéria de uso de bens preciosos *(e.* g., jóias, aparelhos valiosos de fácil furto), havemos de entender que o usuário tem de segurar o bem gravado.

O dever de segurar pode resultar de cláusula do ato constitutivo.

9.EXTENSÃO DA SUB-ROGação. Para qualquer recebimento de indenização de seguro ou de reparação com ou sem culpa hão de

concorrer o dono do objeto perecido e o usufrutuário, porque, com o perecimento, a *pretensão < 1 indenização* se sub-rogou, realmente, ao objeto sinistrado ou ofendido, e não se trata apenas de sub-rogação real do objeto de usufruto, mas de sub-rogação real do bem, que é objeto do domínio e objeto do usufruto. Não importa se o recebimento é de prestação prometida, ou de bem dado em soluto.

10. REDUÇÃO DE SUB-ROGAÇÕES mis. Os juristas olvidam a primeira sub-rogação real, em caso de perecimento. Daí perderem tempo a discutir a risco de quem ocorre o retardamento no pagamento da indenização. A sub-rogação real já se deu no momento do perecimento, ou desde que começou a perecer o objeto até que se consumou o perecimento total. O sub-rogado foi a pretensão à indenização. Os interesses que correram tocam ao usufrutuário. No momento em que se deu a sub-rogação real, sub-rogou-se, realmente, o objeto do domínio e sub-rogou-se, realmente, o objeto do usufruto.

As sucessivas sub-rogações reais, de que falamos, podem ser reduzidas a duas se o adimplemento da dívida de indenização por seguro, ou pela responsabilidade pelo dano, se faz em coisa sobre que recaia o usufruto, sem necessidade de qualquer ato de inversão de quantia. Seria difícil dar-se, mas é possível que se dê, a redução a uma só sub-rogação real. Seria preciso que a empresa de seguros tenha concebido a prestação indenizatória em coisa *semelhante,* do mesmo valor, ou aproximado, e *determinada,* com automática transmissão da propriedade e tradição da posse. O exemplo tem, certamente, alcance apenas teórico. Mas a vida pode torná-lo prático.

11.SEGURO SÓ DO USUFRUTO E SEGURO DA COISA. O seguro pode ser só do usufruto, ou da coisa, ou só da nua propriedade. O art. 737 do Código Civil supõe seguro da coisa. Se o seguro é só do usufruto, a indenizabilidade não afasta a extinção do usufruto: o usufrutuário passa a ser dono da indenização, pOsto que extinto o usufruto.

Ainda a propósito do seguro da coisa, cumpre advertir-se em que a sub-rogação real da indenização à coisa sOmente pode resultar se o usufrutuário pagava, durante o usufruto, as contribuições do seguro (Código Civil, art. 785), ou se fêz o seguro da coisa e pagou as prestações, como devera. Se o usufrutuário faltou aos pagamentos e não os retomou, há extinção do usufruto por perecimento total do objeto sem sub-rogação real do objeto do usufruto, porque, ao ocorrer o sinistro, a pretensão à indenização, da parte do usufrutuário, não nasceu. *Áliter,* se, a despeito da falta de pagamento, pela apólice de

seguro, o dono e o usufrutuário não perderiam a indenização. Mas tal usufrutuário tem de pagar ao dono do objeto do usufruto os prêmios que foram descontados à indenização. § tUB. ReUnião da propriedade e do usufruto na mesma pessoa e reinicia pelo usufrutuário

1.REUNIÃO DE TITULARIDADES E CONSOLIDação. É preciso que se não confundam a reunião de titularidades do dom!não e do usufruto na mesma pessoa e a consolidação, que dela pode derivar. Pode derivar; não deriva necessariamente. O art. 739, V, do Código Civil foi mais exato do que o art. 710, 1

(concernente às servidÕes) e do que o art 802, V.

Não basta que a reUnião ocorra; é preciso que seja de produzir-se, em virtude dela, a consolidação.

A causa da consolidação não é só a reUnião das titularidades. A renúncia também a determina, e essa, *necessariamente.*

Enquanto a doutrina dos diferentes países era hostil aos negócios jurídicos consigo mesmo e aos direitos reais sobre coisa própria, tinha-se por efeito necessário da reUnião das duas titularidades a consolidação; mas essa época passou <Tomo V, § 570, XI, § 1.180 e XVIII, §§ 2.154 e 2.229, 5).

O ato de alienação do usufruto ao proprietário tem características indeléveis: não é renúncia, devido à bilateralidade, e chamá-la "renúncia traslativa" foi erro palmar, que se corrigiu em certos juristas pouco afeitos aos rigores da Parte Geral do Direito Civil e da própria Teoria Geral do Direito. É o único ato bilateral de extinção negocial; e o único ato translátivo que o sistema jurídico tolera, em matéria de usufruto.

2. RENÚNCIA. O art. 739 do Código Civil não se referiu, particularmente, à renúncia, mas a renúncia entra nas espécies em que ocorre a consolidação da propriedade. O legislador, que estava enumerando *causas* de extinção do usufruto, no art. 739, V, aludiu a *efeito,* em vez de mencionar a causa do efeito, que é a consolidação. Razão houve a □

2 a Câmara Cível da Corte de Apelação do Distrito Federal, a 10 de maio de 1927

1 *(R.de D.,* 85, 576), para ver a renúncia no rol das causas de extinção

do usufruto, se bem que não se desse conta de que lá está ela, inclusa, no art. 739, V. Certo, também a 63 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 13 de agosto de 1948 *(R. dos T.,* 176, 605), e o 3~O Grupo de Câmaras Civis, a 26 de novembro de 1948 (179, 130). Se o usufrutuário subscreve, com o dono do prédio, o ato constitutivo de hipoteca, não se há de tirar de tal ato que renunciou ao usufruto (53 Câmara Civil da Corte de Apelação de São Paulo, 27 de maio de 1935, *R. dos T.,* 98, 474).

A renúncia é unilateral. Não há renúncia bilateral. A chamada renúncia transíativa envolvia contradição *in terminis.* Quem renuncia não transfere: abdica, derrelinque, abre mão (em vez de passar às mãos de outrem).

Por isso se fala de consolidação, como causa de extinção do usufruto (Código Civil, art. 739, V).

No art. 717, o legislador condescendeu com os que cogitaram do acordo de extinção, sem lhe mostrarem a promessa de renúncia, de modo que aludiu à transferência do usufruto, excepcionalmente, ao dono do bem usufruído, determinando a extinção, se êsse dono não prefere continuar usufrutuário e alienar a propriedade. O

usufruto ele não pode transferir. Alienando domínio, o usufruto, já constituído, fica-lhe, de modo que pré-

constitui, digamos assim, a detração do usufruto.

A renúncia ao usufruto legal não é possível, exceto em se tratando do usufruto legal segundo o art. 17 do Decreto-lei n. 3.200, de 19 de abril de 1941, art. 17.

A renúncia é receptícia. Enquanto não chega ao conhecimento do nu proprietário, ou, em se tratando de usufruto sobre imóveis, ao oficial do registro, é revogável (cf. Tomo III, § 279). Se o usufruto tem de ser registrado em repartição pública, ou livros de pessoas jurídicas, ou empresas, até à apresentação ou protocolização é revogável.

A renúncia é ineficaz contra o locatário que tem por si o registro a que se refere o art. 1.197 do Código Civil, ou a tutela das leis especiais ou emergenciais concernentes à prorrogação e à renovação do contrato de locação. Na doutrina estrangeira, procura-se distinguir a consolidação, *stricto sensu,* em virtude de aquisição do usufruto pelo dono, e a integração da propriedade, que consolidação é, em sentido largo, se o usufruto se extingue, para se afirmar que, em caso de renúncia pelo usufrutuário, não há o efeito do art. 1.197 do Código

Civil, nem o das leis especiais e emergenciais de proteção aos locatários. O dono não é terceiro adquirente, diz-se. Sim, não é terceiro adquirente por negócio jurídico bilateral, mas é adquirente por negócio jurídico unilateral do usufrutuário.

A morte do usufrutuário, a expiração do prazo e o implemento da condição, dão ensejo a extinção do usufruto, com a incidência do *principio da elasticidade da propriedade;* mas sem ter havido ato jurídico do usufrutuário, que contrarie as obrigações de locador. Na renúncia, há negócio jurídico unilateral, com a aquisição pelo dono *antes* da morte do usufrutuário ou da expiração do prazo ou do implemento da condição. A locação é protegida segundo as leis, até que se dê o fato que a extinguiria se não tivesse havido a renúncia.

Adquirindo o usufruto (Código Civil, art. 717, 1.8 parte), ou os elementos com que se compusera o usufruto extinto, em virtude do principio da elasticidade da propriedade, o dono do bem usufruído passa a ser o locador, para todos os efeitos. Pode alegar, por exemplo, ter oferta de terceiro, conforme o Decreto n. 24.150, de 20 de abril de 1934, art. 8.0, *c),* ou que tem 4e fazer obras, nos termos do art. 8.~, *d),* do Decreto n. 24.150, ou que precisa do prédio para uso próprio (lei emergencial de inquilinato).

A observância das leis de proteção aos locatários não pode ficar à mercê de negócios jurídicos unilaterais ou bilaterais em que seja figurante o usufrutuário. Abrir-se-ia porta à fraude à lei. O problema mais delicado está no caso de extinção por culpa do usufrutuário (Código CIvil, art. 739, VII). Mas, ainda ai, não se trata de interpretação do art. 739, mas sim de interpretação das leis protetivas dos locatários. Se não houve extinção do usufruto por morte do usufrutuário (art. 739, 1), nem por se ter chegado ao termo (que consta do registro) ou por se ter impelido a condição (art. 739, II), nem por ter cessado a causa de que se originou o usufruto (art. 739, III), nem por perecimento da coisa (art. 739, IV), há ato jurídico licito ou ilícito do usufrutuário, que de modo nenhum pode ser admitido como exceptuante da tutela especial~ ou emergencial da locação.

3.AQUISIÇÃO E CONSOLIDação POR EXTINÇÃO DO DIREITO DE USUFRUTO. O usufrutuário pode adquirir a propriedade por ato jurídico entre vivos ou por ato jurídico a causa de morte, ou por usucapião, ou por força de lei. O título da aquisição por efeito de negócio jurídico pode ser oneroso ou gratuito. Se bem que os textos romanos não cogitassem da *consolidatio* como fato geral, correspondente ao *principio da elasticidade da propriedade,* é o que se

dá em todos os casos em que o direito real limitado se extingue ficando os elementos com que se compunha.

No direito brasileiro, a reUnião das titularidades sOmente produz a consolidação, tratando-se de usufruto sobre imóveis, se sobrevém o cancelamento do registro.

Se o usufrutuário aliena ao proprietário o usufruto, pode dar-se que o usufruto continue; porém, se o dono outorga a outrem o usufruto, não revive o que se extinguiu, nem o outorgado sucede ao primeiro usufrutuário.

Se o ato translativo da propriedade sobre que recai o usufruto ou o ato constitutivo do usufruto é julgado nulo, ou anu□ lado, ou por outro modo se desfaz, o usufruto reaparece, em virtude da eficácia *ex time* do que se passou; *aliter,* se a eficácia é só *ex nuto.*

Quanto aos direitos e deveres no tempo em que tinha eficácia a consolidação, não há solução geral: depende do ato extintivo, que se desconstitui, *ex turw.* § 2.334. Extinção do usufruto pela prescrição das ações reais 1.TEXTO DO CÓDIGO *CIVIL,* ART. 789, VI. O Código Civil, no art. 739, apenas disse: "O usufruto extingue-se: VI. Pela prescrição". A prescrição não é modo de extinção de direitos, nem, sequer, de pretensões ou de ações; como exceção, que é, sOmente encobre eficácia <Tomo VI, §§ 628, 14, 665, 668 e 669). Na técnica legislativa, o legislador pode considerar o fato da prescrição elemento do suporte fático da preclusão (ou extinção), ou todo o suporte fático.

(Quando algumas leis e juristas dizem que o usufruto prescreve, ou que a prescrição extingue o usufruto, ou que há a prescrição pelo não-uso, incorrem em tremendo erro de terminologia e de sistemática do direito. Direito, real ou pessoal, não prescreve; o que pode prescrever é a pretensão, ou a ação. Direito pode pré cluír. Às vezes, o sistema jurídico eleva a prescrição das pretensões à categoria de preclusão.) À aparição do Código Civil, alguns juristas, que ainda tinham o direito anterior assaz vivo na memória, ou que passaram a querer interpretá-lo com doutrinas estrangeiras, fugindo aos textos da lei, não entenderam o art. 739, VI. Um deles, conforme já dissemos, confundiu a extinção pela prescrição <art. 739, VI) e a extinção pela usucapião. Outros reeditaram proposições descabidas de juristas italianos e franceses.

2.PRESCRIÇÃO E PRAZO PRESCRICIONAL. M. 1. CARvALHO DE MENDONÇA *(Do Usufruto, do Uso e da Habitação,* 224) entendia que a prescrição, a que se refere o Código Civil, art. 739, VI, é a de vinte anos (então, trinta anos), prazo prescricional das ações pessoais. O Código Civil, no art. 710, III, falou da extinção das servidões pelo não-uso durante dez anos contínuos. A respeito de usufruto, de extinção pela prescrição (art. 739, VI). No direito alemão, não se cogitou de um modo de extinção, nem do outro. No Código Civil italiano, art. 1.014, 1), aludiu-se, com aquela trapalhada de conceitos que tanto o afeta, à extinção "per prescrizione per effetto deI non uso durato per venti anni". Não-uso seria caso de precipitação; mas, no sistema jurídico italiano, cujos exemplos de atecnia são para se evitarem cuidadosamente, a prescrição preclui, o que apaga o conceito mesmo da exceção de prescrição.

Diante do texto do Código Civil, temos de procurar qual a pretensão sem dúvida, pretensão contra o proprietário que prescreve e dá causa à extinção. Não é admissível que se pense em ação pessoal do usufrutuário contra o dono do bem usufruído, e não em ação real do usufrutuário. Mais aberrante ainda é, tendo-se procurado ver na prescrição da ação pessoal <que ação pessoal?) a causa de extinção, aludir-se a nãouso.

O Código Civil brasileiro de modo nenhum se referiu ao não-uso. O que pode prescrever é a ação do usufrutuário para haver ou reaver os bens do usufruto. Tudo se passa do lado do usufrutuário: se o bem é *nullus* e o usufrutuário o deixou com algum possuidor, sem mover ação de reivindicação do usufruto ou ação confessória, prescreveram as ações reais; se o bem tem dono e o usufrutuário, durante dez anos entre presentes ou quinze entre ausentes, não moveu ação contra ele, para haver ou reaver o usufruto, prescreveram as ações reais e, por força do art. 739, VI, do Código Civil, o usufruto extinguiu-se.

Se o usufrutuário tem posse sem ser de usufrutuário e usa ou frui, ou usa e frui a coisa, porém como locatário, a prescrição pode dar-se e, pois, a extinção do usufruto. É isso o que está no Código Civil, que não podia aludir a posse, ao falar de prescrição de pretensões de direito real, e não se reportou, de modo nenhum, a não-uso.

3. CAUSAS DE SUSPENSÃO E DE INTERRUPÇÃO. Uma vez que se fala de prescrição, embora se haja considerado tal fato como determinante, *ex lege,* da extinção, o que transforma a espécie do art. 739, VI, em *causa de extinção* (de preclusão, portanto), o problema da suspensão ou interrupção do prazo tinha de apresentar-se.

Já dissemos (Tomo VI, § 668, 2) o que era de mister sobre a preclusão em virtude do art. 739, VI. As causas da suspensão e a interrupção não atingem, de regra, o prazo preclusivo <cf. Tomo VI, § 678, 11); porém, no arE 739, VI, a preclusão tem por si porte fático a prescrição, de modo que todo o direito que rege o prazo prescricional há de ser observado, não se trata de suspensão ou interrupção do prazo preclusivo, mas de fatos ligados ao suporte fático da preclusão.

## § 2.835. Culpa do usufrutuário

1. TEXTO LEGAL. No art. 739, VII, do Código Civil diz-se que o usufruto %e extingue "pela culpa do usufrutuário, quando aliena, deteriora, ou deixa arruinar os bens, não lhes acudindo com os reparos de conservação". À diferença das outras causas de extinção do usufruto, essa não opera automaticamente; depende de decisão judicial. Desconhecia-a o direito romano. Nem na tinha o sistema jurídico anterior ao Código Civil.

Colheu-se isso ao direito francês (Código Civil francês, art. 618, alínea 1.8: "L‟usufruit peut aussi cesser par l‟abus que l‟usufruitier fait de sa jouissance, soit encomnxettant des dégradations sur le fonds, soit en le laissant dépérir faut d‟entretien"; a 3~8 alínea do art. 618 do Código Civil francês acrescenta: "Les juges peuvent, suivant la gravité des circonstances, ou prononcer l‟extinction absolue de l‟usufruit, ou n‟ordonner la rentrée du propriétaire dans la jouissance de l‟objet qui en est grevé, que sous la charge de payer annuellement à l‟uzufruitier, ou à ses ayants-eause, une soifime déterminée jusqu‟ã l‟instant oú l‟usufruit aurait dQ cesser").

2.FUNDAMENTO DA REGRA JURÍDICA DO CÓDIGo CIVIL, ART. 739, VII. A regra jurídica francesa sofreu críticas, por parecer supor a existência de relação jurídica obrigacional entre dono atual e usufrutuário, à semelhança da relação jurídica obrigacional oriunda do contrato de locação; ou por assimilar o usufruto à enfiteuse (cf. Código Civil, art. 692, II, advertindo-se em que, hoje, a pena de comissão não tem a extensão que tinha).

O usufrutuário pode danificar o objeto do usufruto, ou deixar que se danifique, sem haver certeza da restituição no estado em que o recebeu.

No arE 789, VII, não se fala de purga da mora, mas por ser constitutiva negativa a ação tudo se há de passar, *mutatis mutandis,*

como a respeito da enfiteuse (Tomo XVIII, § 2.182, 13).

Os credores do usufrutuário podem intervir no processo, se têm titulo executivo, ou penhora iniciada, mas apenas para objetar à extinção ou a purga da mora e reparação completa do objeto usufruído. Credores posteriores à inscrição da citação ou do seqüestro não podem intervir. Não há pensar-se em tais credores se sub-rogarem, pessoalmente, ao usufrutuário *(e.* g., 3. B. V. PROUDHON, *TraiU des Droits d‟Usufruit, d‟Usage, d‟Habitation et de Superficie,* IV, 535 s.; G. VENEZIAN, DelI‟ Usufrutto, dell‟Uso e dell‟Abitazion, *Ii Diritto civile italiano* de P. Fíon, II, 870; E. NIcOLÕ, Dell‟Usufrutto; dell‟Uso e dell‟Abitazione, *Commentario* de M.

D‟AMELIO, III, 705), nem êIes assumem Onus de conservar a coisa. Os credores não podem ficar em situação pior ou melhor do que a que tinham, nem em situação melhor do que aquela em que fica o credor que faz as despesas valorizantes a que se refere o art. 734, 2.8 parte, do Código Civil.

3.PRESSUPOSTOS OBJETIVOS. O art. 739, VII, do Código Civil alude a três atos do usufrutuário, dois positivos e um negativo: ato de alienação *(verbis* “quando aliena”), ato de deterioração *(verbo* “deteriora”) e ato de deixar que os bens se arruínem *(verbis* “deixa arruinar os bens”).

a)Alienação da coisa. Quando o usufrutuário, que não é proprietário, aliena a coisa, inefícazmente o faz, no plano do direito das coisas, porque a coisa não é sua. Mas, ainda que venha a constar do registro de imóveis, por exemplo, como proprietário, sem no ser, e a alienação seja em virtude do art. 530, 1, do Código Civil eficaz, se foi decidido, com trânsito em julgado, que alienou coisa alheia, pode ser julgada a sua *culpa* na alienação, com a perda do usufruto.

b)Deterioração. Deteriorar está, no art. 739, VII, no sentido de lesar, de ofender, como se o usufrutuário põe abaixo paredes do edifício, corta para lenha árvores de valor estético, substitui peças antigas, preciosas, por peças novas, não reconstrói a pilastra que está a vacilar, não substitui as peças da maquinaria que tinham de ser substituídas, transforma os terrenos de plantação em terrenos de criação de ovelhas ou de cavalos.

c)Deixar arruinarem-se os bens. Aqui, há o ato negativo a respeito de qualquer ato que o usufrutuário deveria praticar e não praticou, causando ou deixando que sobrevenha ruína, total ou parcial, do objeto do usufruto.

Observe-se que, a respeito do usufruto, se exige o elemento culpa, de que não se fala a propósito de enfiteuse (Tomo XVII, § 2.182, 1).

*4.* LEGITIMação PASSIVA. A ação dirige-se, sempre, contra o usufrutuário. Se alienou o bem, é litisconsorte o adquirente, que, todavia, pode ter adquirido legitimamente, questão que só se pode resolver segundo a natureza do bem usufruído e alienado e os princípios que regem a aquisição *a non domino.*

Se há culpa ou dolo de terceiro, que administra o usufruto, por outorga do usufrutuário, ou por cessão do exercício, A de refugar-se a opinião que afasta, a *priori,* a procedência do pedido por se tratar de penalidade *(G.*

VENEZIAN, Dell‟Usufrutto, dell‟Uso e dell‟Abitazione, *Ii Dirítto Civile italiano* de P. FIORE, II, 2ª ed., 867; D. *tzu19~.LUsu rutto:idiritti alI* mi, 524; G. PUGLIESE, Usufrutto, Uso - Abitazione, *Trattato di Diritto Civile italiano* de F. VASSALLI, IV, *5,* 527). A *czdps* é o que é o elemento subjetivo exigido e pode haver, *in carne,* culpa *in eligendo,* ou *in vigilando.*

5.SENTENÇA QUE JULGA A PERDA DO USUFRUTO. A sentença que julga o pedido de extinção baseado no art. 739, VII, do Código Civil, é de fOrça constitutiva negativa: desconstitui-se a relação jurídica real; o usufruto deixa de ser, com o trânsito em julgado. Se *a)* a ação teve por fito apenas a extinção do usufruto, a carga de eficácia imediata é condenatória; se *b)* a ação teve por fito a extinção do usufruto e a entrega da coisa, a restituição, a fOrça sentencial é constitutiva negativa, mas a eficácia imediata passa a ser executiva. Há, portanto, duas ações, à semelhança do que ocorre com a ex-Unção da enfiteuse (Tomo XVIII, §

2.191). Na segunda, somam-se a ação de extinção de usufruto e a ação de reivindicação. Se só foi proposta a ação *a),* o autor, ganhante, tem de propor, depois, a ação de reivindicação. Se foi proposta a ação 14, a execução é nos próprios autos, por se tratar de executividade eficácia imediata da sentença.

A eficácia é *ex tinto,* tal como acontece com a ação de comissão (Tomo XVIII, § 2.191), mas desde que houve o fato.

Os frutos são devidos desde o dia a .4

E.

que vai a retroeficácia da sentença,

porque a citação apenas estabelece a

mora (Código de Processo Civil, art.

166, IV). Rege o art. 962 do Código

Civil.

*Àçõn*

„„„1

.4-O ..4

EE.E.

<4

.~t

4-

4-

~(2

1(a

a~

O

Açio de extinção simples (Código Civil, art. 789. VII)

Açio de extinção com pedido de reivindicaçao

*

EFICÁCIA

.~,*4

4.II 4 *4*4

Durante a ação fundada no art. 739, VII, do Código Civil pode ser pedido, cautelarmente, o sequestro do bem usufruído (Código de Processo Civil, arts. 675, II, e 676, II).

A sentença não tem eficácia contra terceiros, salvo se houve e desde que houve a inscrição da citação, tratando-se de usufruto sobre imóvel (Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, art. 178, a), VII), ou do seqUestro

<Decreto n. 4.857, art. 279).

6. PRETENSÃO À INDENIZação. Independentemente da ação de extinção, simples ou cumulada, tem o dono a ação de indenização pelo dano causado. A opinião contrária é de repelir-se energicamente; porque o dano pode ser maior do que o beneficio resultante da extinção.

5 2.336. Usucapião por outrem ou pelo usufrutuário

1.AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE PLENA. O usufruto não se adquire por usucapião. O usufrutuário, tendo posse de dono e satisfazendo o art. 551, ou o art. 550, adquire a propriedade plena. O usufruto extingue-Se. Passa-se o mesmo se é terceiro que adquire a propriedade plena. A posse de dono, o usufrutuário somente a tem se faticamente se opõe à posse do dono, tal como acontece a qualquer terceiro.

2.USUCAPIÃO DA NUA PROPRIEDADE. Se terceiro, que não é o nu proprietário, vem a adquirir, por usucapião, ou por outra causa, a nua propriedade, em nada repercute Esse fato no usufruto. Pode dar-se que o próprio usufrutuário, ciente de que o é, ou não ciente, adquira a nua propriedade, por usucapião, por ter a posse de dono, embora considerasse restrita pela posse de usufrutuário a sua posse. Aqui, como a respeito das outras espécies em que o usufrutuário adquire a nua propriedade, a consolidação somente se dá, em se tratando de usufruto sujeito a registro, com o cancelamento da inscrição.

§ 2.337. Eficácia da extinção do usufruto

1.RESTITUIÇÃO. Extinto o usufruto, nasce ao nu proprietário à *pretensão à restituição.* Tal pretensão se dirige contra a pessoa que fora usufrutuário, ou contra seus herdeiros, ou sucessores.

A relação jurídica *real* em que era o sujeito ativo, o usufrutuário desaparece. A relação fática, de posse, persiste, enquanto o usufrutuário, que tinha a posse, não a perde.

O usufrutuário ou seus herdeiros têm de restituir a posse da coisa. Se o não fazem e se opõem, por se crerem com posse de dono, ou outra posse, esbulham ou turbam a posse própria do proprietário; se o não fazem, por se julgarem com direito de domínio, ofendem o direito de propriedade do dono. Ali, tem êsse as ações possessórias; aqui, a de reivindicação.

Se o usufrutuário deixa de entregar a coisa, ainda sem esbulho ou turbação da posse e ainda sem se dizer com direito dominical, tem *dever e obrigação de restituição,* de modo que a própria inércia é violação de direito e pretensão do dono. O dever e obrigação *legais* de restituição provêm da *cautio Iriwtua,ria,* que acabou por ser intrínseca ao usufruto. Não basta que o usufrutuário ou seus herdeiros se abstenham de qualquer ato que implique negação do direito do dono, ou da sua posse; é preciso que aquele ou êsses restituam o objeto do usufruto. O que se restitui é o que há do objeto, o objeto tal como está, *quod frade exto.bit.* Com isso sabe o dono o que se tirou, deteriorou ou destruiu ao objeto.

A diferença, entre o que fora o objeto e o que é, tem de ser exposta pelo restituinte, com alegações e provas. O

que se há de presumir é a responsabilidade do usufrutuário.

Só se o usufruto é de coisa coletiva, que tenha de ser entregue como estava ao ser constituído o usufruto, ou se é de coisa fungível, tem o usufrutuário de completar o objeto para a entrega.

Se o usufruto é de coisa consumível, o que se há de entregar é o que se *deve,* porque o usufrutuário se fêz dono do objeto.

Se as coisas são deterioráveis, sem se tratar de usufruto impróprio, a restituição libera o usufrutuário, pOsto que não mais se achem no estado em que estavam ao iniciar-se o usufruto. Usufrutuário ou herdeiros são responsáveis pela deterioração ou destruição que proveio de negligência, ou de falta de guarda ou de reparação, ou de qualquer culpa.

No usufruto impróprio, o que se há de restituir é coisa do mesmo gênero, de igual qualidade e quantidade (Código Civil, art. 726), ou o valor em que foi estimada. Se houve

estimação, é de interpretar-se o ato constitutivo para se saber se se permitiu a alternativa: restituir em natura ou prestar em valor. Porque o art. 726 só entende, na falta de cláusula explícita ou implícita, ser de restituir-se em valor, se não épossível restituir-se em natura.

A obrigação de restituir supõe que o usufrutuário haja recebido a posse e precise de entregá-la ao dono. Se não a teve, ou se, por exemplo, o dono está com a posse imediata, ou outra posse, mediata, derivada da posse do usufrutuário (dono locatário que sublocou), não é preciso o ato material de restituição. Dá-se, nas últimas espécies, transferência *brevi manu* da posse. Em todo caso, ainda se o dono é administrador conforme o art.

730, pode haver dificultação da tomada de posse, como se o usufrutuário se opõe a que o possuidor imediato trate o dono, após a extinção, como possuidor mediato sem mais haver a restrição de posse de usufrutuário.

Se o usufrutuário, em caso de usufruto sobre crédito, de que Ole somente recebia juros e não se venceria antes da extinção do usufruto, não tinha consigo os títulos, nada tem de restituir. *Áliter,* nas espécies do art. 719.

O usufrutuário que tem títulos de crédito incorporantes tem posse deles e tem de restitui-los. O usufrutuário de créditos ou direitos documentados, cujos documentos lhe foram entregues, apenas tem posse de documentos, pertenças de crédito, e é obrigado à restituição.

Resta-nos examinar os casos em que o usufrutuário, tendo tido posse imediata do bem usufruído, a perdeu antes de se extinguir o usufruto. O caso mais simples é aquele em que o usufrutuário, tendo tido a posse, se negou a prestar a caução e perdeu, por fOrça do art. 730, a posse imediata. Na hipótese de perecimento total sem ficar resíduo, também não há pensar-se em restituição, salvo se a responsabilidade foi do próprio usufrutuário ou de terceiro. Se a responsabilidade foi de terceiro, o usufrutuário libera-se, prestando ao dono os documentos e mais provas de que o perecimento ocorreu com a responsabilidade de outrem.

Se há indenização que se sub-rogou ao objeto (não-consumível) do usufruto, o usufrutuário tem o dever e a obrigaçáo de restituição,

porque o bem sub-rogante se trata como o

bem a que se sub-rogou *(Subrogatum sapit naturam subrogati,* cf. Tomos II, § 154, 4, e 1~", § 602, 6).

Se houve consolidação pela reUnião das duas titularidades na mesma pessoa, alguns juristas aventuram que não é preciso restituição. Sim, se o adquirente é o usufrutuário e tinha a posse imediata ou mediata imprópria. Não, se não a Unha *(e.* g., na espécie do art. 730). Se o adquirente do usufruto (art. 717, 1ª parte) é o dono, tem o usufrutuário de restituir o bem que usufruira e de que tem posse imediata, ou mediata. Dizer-se que, no caso de aquisição do usufruto pelo nu proprietário, não há restituibilidade, é erro: se houve a consolidação, o usufruto extinguiu-se; se não houve, a ação do dono é a ação de imissão de posse, se o alienante não a transferiu por acordo. É preciso que se resolvam essas questões à altura da teoria da posse que se tem no sistema jurídico brasileiro.

Ousufrutuário tem direito de retenção por despesas antecipadas, bem como às prestações por subscrição de ações, se as fêz, em lugar do dono dos bens usufruídos.

2.OBRIGAÇõES DE INDENIZAR. O usufrutuário pode ter de indenizar e não só de restituir. A diferença para menos entre o restituído e o que fora entregue ou se achava, no inicio do usufruto, com o usufrutuário, tem de ser coberta por indenização, salvo se o responsável por ela fora o dono ou se deteriorável a coisa. Se houve inventário, as dificuldades, que podem surgir, são mínimas. Se não houve, tem o dono o Onus de alegar e provar que existe aquela diferença para menos. Ao usufutuário, porém, toca o Onus de alegar e provar que a responsabilidade não lhe cabe (r que pode restituir com a diferença).

O usufrutuário também tem o dever e a obrigação de prestar ao dono do bem que usufruira o importe das despesas, que por lei lhe incumbiam, e não fêz, mais os juros.

Por outro lado, tem o dono de prestar o importe das despesas que lhe tocavam, por lei, ou por acordo, e o usufrutuário fêz.

As dividas de indenização e de reembOlso não se extinguem, de regra, com a consolidação ou incidência do principio de elasticidade da

propriedade. O usufrutuário que adquire a nua propriedade continua devedor ao alienante do que teria de ser

pago por ele e o foi pelo nu proprietário, ou ainda o tenha de ser.

O dono tem de reembolsar o usufrutuário de tudo que, incumbindo-lhe pagar, foi pago pelo usufrutuário, ou o tem de ser.

3. BENnI‟rorns. No tocante às benfeitorias voluptuárias, tem o usufrutuário o *ius toilendi,* se podem ser levanUdas sem detrimento do bem. No direito brasileiro, o dono não tem escolha entre deixar que as retire e pagá-las. Se não podem ser levantadas sem detrimento da coisa, perdeu-as o usufrutuário, por se integrarem no bem.

Se a benfeitoria é útil, o usufrutuário, que não as pode levantar em detrimento do bem, perde-as. Se a benfeitoria énecessária, tem-se de distinguir: ou *a)* incumbia fazê-las ao dono e tem o proprietário direito à indenização; ou *b)* incumbia fazê-las ao usufrutuário, e não tem êsse qualquer direito à indenização.

O valor das indenizações e reembolsos é dado pelo momento da extinção, inclusive quanto a despesas feitas, salvo se se adicionam juros ao que foi despendido.

4.Enrros EM RELação Á TERCEIROS. Extinto o usufruto que não dependia de registro, não há pensar-se em tutela de interesses de terceiros. Se dependia de registro a aquisição, só o cancelamento pode ser oposto a terceiros, ou a ciência pelo próprio terceiro.

No caso de renúncia do usufruto, o negócio jurídico unilateral ulão libera o usufrutuário de obrigações que assumiu até a extinção do usufruto, porque não se poderia ter cogitado da renúncia, pela condição puramente potestativa que envolveria. Quanto à locação de prédios, tem ela tutela especial.

Extinto o usufruto, os contratos entre usufrutuários e terceiros são ineficazes, salvo se lei especial ou emergencial protege, por exemplo, o locatário em relação ao adquirente da propriedade (ou, o que se há de entender interpretativamente, ao dono do objeto do usufruto, a que passam uso e fruição). A jurisprudência não pode aplicar o princípio *Resoluto jure concedentis, resolvitar jus concessum (e. g.,* 2ª Turma do Superior Tribunal Federal, 18 de janeiro de 1944, .7. *do 8. 2*‟. *1*‟*.,* 21, 58; Câmaras Conjuntas da COrte de Apelação do Rio de

Janeiro, 15 de maio de 1936, E. *dos 2*"., 111, 290; 4□B Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 31 de março de 1949, 180, 680), sem atender às leis especiais e emergenciais de prorrogação dos contratos ou de eficácia excepcional contra os sucessores.

Os contratos feitos pelo usufrutuário sOmente são *eficazes* enquanto vige o usufruto (6.~ Câmara Cível da COrte de Apelação do Distrito Federal, 3 de março de 1988, *R. F.,* 74, 465). Fala-se da resolução dos contratos (Câmaras Conjuntas da COrte de Apelação do Rio de Janeiro, 15 de maio de 1936, E. *dos T.,* 111, 290; 4~8

Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo, 31 de março de 1949, 180, 680), mas, em verdade, o que se dá é perda da eficácia, razão por que é possível a eficacização por parte do dono do bem em usufruto, salvo se expressa a cláusula de resolução. Cabe o mesmo a respeito da própria locação (2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, 18 de janeiro de 1944, 21, 53), mas a lei especial ou emergencial tem de ser atendida.

Quando uma causa de extinção ocorre mas depende de cancelamento do registro, a ineficácia dos contratos feitos pelo usufrutuário só se inicia no momento em que se cancela a inscrição, ainda que se trate de decisão judicial com eficácia *ex tunc* (art. 739, V e VII).

## § 2238. Eficácia do perecimento sem extinção

1.EXCEPCIONALIDADE DA NÃO-Extinção. A regra éque, perecendo, totalmente, a coisa, extingue-se o usufruto. Vimos, porém, que há o perecimento com resíduos que pode dar ensejo à continuação do usufruto.

Se, a despeito do perecimento do objeto, o usufruto subsiste, o perecimento que permite a continuação do usufruto ou não é total, ou deixou resíduos, ou o objeto perecido foi sub-

-rogado.

A sub-rogação dá-se automâticamente. Perecendo o objeto, nasce a pretensão ao seguro, ou à indenização pelo responsável. O usufruto continua, porque a pretensão à indenização fica no lugar do objeto perecido.

Os créditos também se podem considerar consumíveis. O usufrutuário,

impróprio, passa a ser dono. Então, ainda se

sem sua culpa se perde o crédito, ou se prescreve, tem de restituir.

2.EFICÁCIA DA SUE-ROGAÇXO. Quando se dá a sub-

-rogação real pela indenização, não se pode dizer, no sistema jurídico brasileiro, que ao usufruto sobre a coisa perecida se substitua ou suceda usufruto sobre coisa fungível, ou, antes da prestação da indenização, usufruto sobre crédito, que se regeria pelo art. 719 do Código Civil. O dinheiro ou o crédito está, aí, destinado à subrogação real pelo bem semelhante ao que pereceu. Trata-se a prestação ou o crédito como meio para o fim da aquisição. Por isso é que se fala de sub-rogação real. Os juristas estrangeiros e brasileiros que vêem na subrogação real pelo crédito, ou pelo dinheiro, transformação do usufruto desatendem a infungibilização e inconsumibilização do dinheiro ou do crédito que a sub-rogação real opera.

Ésse ponto é de alta importância quando o usufruto se origina de doação ou de verba testamentária e o dono atual e o usufrutuário não podem, por acordo, mudar a destinação ao objeto, nem anuir em mudança do objeto.

O juiz tem de enminar a espécie e decidir se aquilo sobre que estão de acOrda o dono e o usufrutuário é permitido pelo ato constitutivo; e pode acontecer que Ole mesmo exija a inversão com bem semelhante.

3. RECoNSnUÇÂo. Durante o tempo em que se reconstrói o edifício ou outro objeto de usufruto, com a indenização havida de responsável pela reparação, ou do segurador, o usufrutuário fica privado do exercício do usufruto. Se, na reconstrução do edifício, se emprega mais do que a indenização pelo segurador ou pelo responsável, saindo do bOlso do dono do prédio o excesso, tem o usufrutuário de pagar juros do capital despendido a mais (cf. Código Civil, art. 734). Em caso de divergência, pode, amigável e judicialmente, ser feita a divisão do usufruto.

O aumento pode resultar de insuficiência da soma recebida, ou de conveniência de ser maior ou melhor a reconstrução (ampliações, melhoramentos), a juízo do dono, desde que não diminua o uso e a fruição pelo usufrutuário, dentro da destinação econOmica ou estética do edifício primitivo. As alterações que atinjam o gOzo e a fruição dependem do consentimento do usufrutuário. A destinação histórica rege-se por seus princípios próprios.

Se a indenização não é suficiente, o dono do edifício não é obrigado a completá-la: a obrigação é dentro do que recebeu; salvo se o edifício perecido já estava precisando de reparações extraordinárias que devessem ser feitas pelo dono (art. 734), caso em que o usufrutuário fica obrigado a pagar juros, nos termos do art. 734, 2ª parte.

Se a indenização excede o que é necessário à reconstrução, sobre o resto há usufruto, devendo haver acordo quanto à maneira da aplicação.

Os planos e projetos de reconstrução têm de ser comunicados ao usufrutuário. Pode Esse discutir a má escolha das soluções e o custo das obras, extrajudicial ou judicialmente.

Também pode dar-se que o usufrutuário prefira completar a indenização que se recebeu, por se tratar de quantia insuficiente à reconstrução: ou a) o nu proprietário concorda com a inversão por parte do usufrutuário, que fica também com-proprietário, no que corresponda à quota no que se inverter; ou b) ou o usufrutuário o faz por sua conta, sem se tornar comproprietário; ou *c),* reputando necessária a inversão, pede ao juiz que, ouvido o nu proprietário, declare a necessidade da inversão, por ser insuficiente para a reconstrução a quantia recebida e haver conveniência econOmica na inversão, assim para o nu proprietário como para ele, dando a permissão (ação constitutiva positiva). Na espécie o), o usufrutuário não se torna também comproprietário; apenas lhe nasce pretensão à indenização (por analogia, arts.. 734, 1ª parte, 737, alínea 1.a, *in fine,* e 521), exercivel após a conclusão das obras.

O proprietário também tem ação para constranger o usufrutuário a declarar se quer completar a indenização, ficando nas situações a), 19, ou e), ou se se submete à solução do art. 734, 2ª parte.

Se, devido à elevação do valor dos resíduos do bem, a reconstrução tem de ser com quantia maior do que a da indenização, o usufrutuário tem direito ao usufruto do que corresponda ao valor do terreno *mais* a indenização *menos* o que fOr invertido, a mais, na reconstrução.

## CAPITULO XVIII

## PRETENSÕES E AÇÕES ORIUNDAS DO USUFRUTO

## DO USO E DA HABITação

E 2.389. Direito de utilidade

:1

1.ELEMENTO COMUM AOS DIREITOS DE USUFRUTO, USO E HABITação. O que é comum aos direitos reais de usufruto, de uso e de habitação consiste em que, sobre serem todos direitos reais, recaem sobre a utilidade dos bens *(utus* e *fruetus, usus, habitatio)*.

As pretensões e ações que deles se Irradiam são ações reais ou pessoais, ou *propter rem,* mas as ações pessoais supõem negócio jurídico ou ato jurídico, licito ou ilícito, de alguém, contra quem se dirijam as pretensões e ações.

2. PRETENSÕES REAIS. As pretensões reais do usufrutuário irradiam-se do direito real de usufruto. O

usufrutuário tem êsse direito de usar e fruir o bem sujeito ao usufruto, que é, não só entre ele e o proprietário, mas entre ele e quem quer que seja. Todos têm de admitir a existência dêsse direito, razao por que contra todos há de ir a ação declaratória da relação jurídica de usufruto, e todos hão de abster-se de qualquer ingerência que tolha ou restrinja o uso e a fruição da coisa. Do seu lado, o usufrutuário pode praticar e deixar de praticar todos os atos que caibam no exercício do usufruto.

Todos e não só os proprietários têm de comportar-se perante o usuário e o habitador como perante o usufrutuário. Não podem praticar atos que lhes impeçam o exercício do usufruto, do uso ou da habitação, nem que impliquem negação do direito real de que são titulares. Quer no terreno jurídico, quer no terreno possessório, se o usufrutuário, o usuário ou o habi

tador tem poder fático sobre o bem, é possuidor. Quanto ao direito à posse, qualquer deles só o tem se derivou de quem era possuidor próprio, ou se tem título para haver a posse.

Cumpre não se confundam as pretensões e ações que tem

ousufrutuário, o usuário ou o habitador, como homem *(e. g.,*

se alguém, ainda que seja para que o titular do direito real não

oexerça, seqflestra o usufrutuário, o usuário ou o habitador)

e as pretensões e atos por ofensa ao uso e à fruição, ou só ao

uso, ou só à habitação. Daquelas tratamos no Tomo VII.

3. USUCAPIÃO. Não há usucapião de usufruto, uso ou habitação. Se algum dêsses direitos reais limitados foi indevidamente inscrito, não mais havendo ação real para a plenitude da propriedade imobiliária, não se dá usucapião tabular, porque a ação de retificação do registro é imprescritivel: se o bem se achava no registro de imóveis como de propriedade de quem constituiu o direito real limitado, dá-se a aquisição dêsse desde o momento da inscrição, conforme os princípios; salvo se outrem adquiriu, contra o registro, por usucapião, o bem, como ingravado.

§ 2.340. ação do cessionário do exercício do usufruto

1.CESSÃO DO EXERCÍCIO E TUTELA JURÍDICA DO CESSIONÂRIO.

Permitida, como é, a cessão do exercício do usufruto, ou o sistema jurídico considera *pessoais* os direitos dos cessionários, ou lhes atribui eficácia *real.* A atitude que tomam os sistemas jurídicos, inclusive o brasileiro, é a primeira. Ninguém confunde usufruto de usufruto e cessão de exercício, nem cessão de exercicio e transferência, juridicamente vedada, de usufruto.

O cessionário tem as ações que teria qualquer locatário ou outro titular de direito ao uso e ao fruto do bem. Não tem ação real, fora as possessórias. A *actio* que lhe toca é própria, e, não, cedida. Dirige-se contra todos, se há, *in casu,* eficácia *erga omnes (e. g.,* derivada de registro), e contra o próprio cedente (cf. A. SCHMID, *Die Grundlehren der Cession,* II, 340 s.).

2.USO E HABITação. O exercício do uso e da habitação não se cede. Tem o usuário ou o habitador de exercer, pessoal-mente, o direito real. “O usuário fruirá a utilidade da coisa dada em uso, quanto o exigirem as necessidades pessoais suas e de sua família” (Código Civil, art. 742).

CAPITULO XIX

PARTILHA, DIVISÃO E EXECUÇÃO, CONSTITUIÇÃo

DE USUFRUTO, USO E HABITação

§ 2.341. Juiz e decisões executlvas-constjtuuvn

1.PARTILHA E CONSTITUIÇÃO DE USUFRUTO, USO OU HABI7-

Tação. No Código de Processo Civil, art. 506, estatui-se:

"Na fOlha de pagamento de cada herdeiro serão declaradas, com possível exatidão, as confrontações dos bens e as servidões a que ficarem sujeitos, evitando-se dividir as terras" isto é, partilhá-las, "por quotas-partes ideais". Surge a questão de se saber se o art. 506 se refere a servidões e ao usufruto, ao uso e à habitação, e a resposta é afirmativa. Sobre a constituição de servidões na partilha, Tomo XVIII, § 2.234.

Se o outorgante do usufruto, uso ou habitação deixou ao juiz a escolha do prédio a ser gravado, ou permitiu que, para comodidade da partilha de bens deixados testamentâriamente, se constituísse usufruto, uso, ou habitação, a função do juiz é a de *cumprimento de disposição te. tamentária.*

Omomento em que se constitui, na partilha, usufruto, uso ou habitação, é aquele em que se regista o direito real limitado (Código Civil, art. 676), e não aquele em que os comuneiros concordam com o esbOço de partilha, nem o em que se profere a sentença de partilha, ou em que transita em julgado. Ai, o herdeiro ou legatário não recebeu imediatamente à morte o direito real limitado, recebeu quota nos bens ou pretensão a direito real limitado que o juiz constitui.

2.DIvIsÃO E CONSTITUTÇÃO DE USUFRUTO, USO OU HABITação. Na divisão do bem pode-se constituir usufruto, uso

ou habitação, por negócio jurídico entre os comuneiros, seja amigável seja judicial a divisão. Tem o juiz o poder, quando divide, de criar usufruto, uso ou habitação, como parte em direito real limitado, diante de partes domínicas (Tomo XVIII, § 2.235, 4). A ação de divisão é ação executiva: a fração que era de um dos comuneiros, ou de algum dos comuneiros, na parte a do prédio ab, ou de outro bem *ab,* transfere-se ao outro ou a outros comuneiros e a fração que era do

outro ou dos outros comuneiros, na parte b, transfere-se àquele ou àqueles. O usufruto, o uso ou a habitação constitui-se por ser *conveniente,* de modo que o dividir de acordo cem as exigências do bem julgar impõe a constituição judicial. O edifício rende x, sendo que um dos cinco herdeiros, sem descendentes, que era alimentado pelo decujo, se acha internado em hospital e provávelmente não viva três anos. A adjudicação da metade da renda a Esse herdeiro daria para sustentá-lo. As partes, dominicas, dos outros herdeiros seriam aumentadas com o quinhão do herdeiro doente, que teria usufruto, por exemplo, por sete anos.

Omomento em que se constitui o titulo é aquile em que transita em julgado a sentença proferida na ação de divisão, determinando a constituição da servidão. Tal titulo faz as vOzes do negócio jurídico bilateral de constituição. O momento em que se estabelece o direito real limitado de usufruto, uso ou habitação, é aquele em que se procede ao registro, se recai em imóveis (art. 715) ou outro bem cujo usufruto, uso ou habitação dependa de registro.

§ 2.842. Constituição em execução

1.EXECUÇÃO FORÇADA E CONSTITUIÇIO DE USUFRUTO, USO OU HABITação. Pode ser conveniente que se não aliene o bem penhorado e apenas se adjudique o usufruto, o uso ou a habitação ao credor. Nas ações de execução por dívida (ações executivas do Código de Processo Civil, art. 298) e nas ações de execução de sentença, o juiz “constitui” o usufruto, o uso ou a habitação no lugar de quem, devendo executar voluntâriamente, teria de constituir. Aqui, cabe reler-se o que escrevemos no Tomo XVIII, §§ 2.236, 2.

□295

O momento em que se constitui o usufruto, o uso ou a habitação, em se tratando de bem imóvel (Código Civil, art. 715) ou de outro bem cujo usufruto, uso ou habitação dependa de registro, é aquele em que se faz o registro.

Antes somente há o *efeito* da decisão de constituição.

Se a ação executiva, de que se trata, é a ação do pré-contrato (Termo XVIII, § 2.237; Código de Processo Civil, art. 1.006, § 2.0), a constituição do usufruto, do uso ou da habitação, *que se prometera,* é ato de execução pelo Estado. Aqui, convém frisar-se que os mais dos

juristas, erradamente, têm a senten~" favorável na ação de execução forçada de promessa de declaração de vontade (ação executiva de pré-contrato) como declarativa, ou como condenatória. Alguns entendem, e o Orro é ainda maior, que é voluntária tal execução. A sentença é executiva, com eficácia imediata condenatória e eficácia mediata declarativa (Tomo XVIII, §

2.237).

Também aqui o momento em que se constitui o usufruto, o uso ou a habitação é o em que se faz o registro, e não o em que transita em julgado a sentença. O registro é feito com a apresentação da sentença. Para o registro, é preciso que o interessado o requeira. O juiz não pode mandar registar; nem ao registro se procede sem que o requeira algum interessado.

A decisão do juiz é o titulo. Faz o juiz o que o promitente faria; e só o faz porque o promitente não no fêz.

Também a respeito de usufruto, uso e habitação se poderia objetar que a eficácia constitutiva há de ser imediata, ou, pelo menos, mediata (***) Mas sem razão, porque aí só se constitui porque se executa. Tão-pouco tem de ser imediata, ou mediata, a carga de eficácia mandamental.

Se a constituição extraj udicial do usufruto não depende de registro, também dele não depende a constituição judicial. Então, com o trânsito em julgado da decisão o usufruto se estabelece. Se a posse não está com o juízo, tem êsse de ser provocado para que se dê a transferência da posse ao autor ou pessoa a favor de quem se constituiu judicialmente o usufruto. De ordinário, a posse está com o juízo, por se tratar de ação executiva (de partilha, de divisão, de execução forçada, de pré-contrato).

2.EXECUÇÃO VOLUNTÁRIA. Se o promitente, antes ou na pendência da lide, constitui o usufruto, o uso ou a habitação

que prometera, *executa constituindo.* O ato jurídico é acordo de constituição, ou declaração unilateral de vontade para constituir, mas *com ele* o promitente executa. O juiz constitui como ato de execução forçada, *constitui, executando.*

CAPITULO XX

AÇÕES CONCERNENTES AO USUFRUTO,

AO USO E À HABITação

SEÇÃO 1

AÇÕES DE TUTELA AO DIREITO REAL

§ 2.34t Aç6es puras e açÕes compósitas

1.“Acno CONFESSORIA” E AÇÕES POSSESSÔRIAS NO DIREITO

ANTERIOR. O que escrevemos sobre as servidões há de ser,

agora, relido (Tomo XVIII, § 2.288).

Também a respeito do usufruto, do uso e da habitação,

direitos reais, o direito contemporâneo debulhou as ações que se misturavam na *actio confessoria.* Manteve-se a ação compacta, mas as ações-elementos puderam ser tratadas separadamente, revelando-se-lhes a independência.

a)Há a ação declaratória positiva, com que se pede a afirmação da existência da relação jurídica de usufruto, de uso ou de habitação, espécie da ação declaratória do art. 2ª, parágrafo único, do Código de Processo Civil. O

interesse é o de se declarar que existe a relação jurídica, real, de usufruto, uso ou habitação. À pessoa, contra cujo prédio alguém diz ter usufruto, uso ou habitação, toca a ação declaratória negativa.

b)Há a ação de condenação pela ofensa ao direito de usufruto, de uso ou de habitação, em que a matéria de a) é questão prejudicial.

c)Há a ação de indenização por perdas e danos, em que a) e b) são questões prejudiciais, ou pelo menos a).

d)Há a ação de segurança, preparatória ou incidental, ou independente, para que preste caução o ofensor ou o que

ameaça ofender (Código de Processo Civil, art. 675, IV).

e) Há a ação de preceito cominatório (Código de Processo Civil, art. 302, XII). Se o titular do direito de usufruto, uso ou habitação, já obteve sentença favorável na ação declaratória, de que se falou em a), não precisa propor a ação cominatória, sobrevindo os pressupostos para essa, basta requerer a expedição de mandado cominatório, que se processa nos próprios autos, por se tratar de efeito imediato, mandamental, da sentença declaratória.

f) Há~& vindicação do usufruto, do uso ou da habitação.

g) Má ação confessória, que é cumulação de pedidos, com preponderância do elemento condenatório, de modo que a), b), c), d) e e) se cumulam, funcionando a) como questão prejudicial. ação condenatória-declarativa, com eficácia mediata executiva, sendo c) e d) seguranças pendente a lide, a) O réu pode opor ter sido constituído o usufruto, o uso ou a habitação, por pessoa que não era o dono do bem, nem veio a tornar-se dono. Tratando-se de bem imóvel, adquirível pela transcrição, ou de bem móvel que se adquira pela posse de boa fé, o que é excepcional *(e. g.,* títulos cambiários e cambiariformes), a aquisição do próprio usufruto, uso, ou habitação, rege-se pelos princípios que regem a aquisição do domínio. b) Pode opor qualquer causa de extinção, porém não lhe é dado em reconvençâo alegar a causa de extinção de que se fala no art. 739, VII, do Código Civil, porque, aí, a extinção depende de sentença constitutiva negativa. Quanto à alegação de consolidação (art. 739, V), não aproveita se não foi cancelado o registro e enquanto não o fOr.

h) Há a ação de ofensa ao usufruto, uso ou habitação, que é à semelhança da ação negatória do dono do prédio usufruído, usado ou habitado (Tomo XVIII, § 2.238, 2), ação que tem o usufrutuário, o usuário ou o habitador, ainda se não tem posse do bem usufruído, usado ou habitado, contra o dono dêsse bem, ou contra terceiro, ainda sem o elemento da culpa do réu e ainda que somente seja possuidor.

i)Há as ações possessórias, que competem ao possuidor como

usufrutuário, usuário ou habitador, sem se ter de entrar

na apreciação do título, e não há, no sistema jurídico brasileiro, a exceção de usufruto, uso ou habitação, *ad instar* da exceção de domínio *(exceptio dominli)* segundo o art. 505, 23 parte, do Código Civil, ou para o efeito de verificação de melhor posse conforme o art. 507, parágrafo único.

O Código Civil, art. 486, é explícito quanto à posse do usufrutuário, do usuário e do habitador, que, de regra, é imediata, mas se pode imediatizar, como se o usufrutuário, o usuário ou o habitador aluga o bem usufruído, usado ou habitado. O possuidor do usufruto, do uso ou da habitação pode obrar em legítima defesa e fazer-se justiça de mão própria (Código Civil, art. 502).

A posse do usufruto, do uso ou da habitação, além dos limites do registro, se é exigido, contém a posse nos limites do registro e o excesso.

j)Má a ação de retificação do registro (Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, arts.. 227 e 228).

O usufrutuário, o usuário e o habitador têm a *açtío de nuneia* çdio de obra nova (Código de Processo Civil, arts.

384-392).

2. AÇÕES POR nUTOS QUE LHE PERTENCEM. Se os frutos são do usufrutuário, do usuário ou do habitador, já separados, as ações que lhe tocam são as do proprietário de bem móvel, principalmente a *ação de reivindicação.* Se deles se apropriou possuidor imediato, tudo se passa conforme expusemos no Tomo X, a propósito da posse de boa fé e da posse de má fé. Sempre tais ações são exercidas no interesse do usufrutuário, do usuário ou do habitador, e não no interesse do proprietário, inclusive, por vêzes, contra Esse. As exceções que o possuidor imediato teria contra o proprietário também as tem contra o usufrutuário.

3.PRETENSÕES PRÓPRIAS E LIDES. A pretensão que tem

o usufrutuário, o usuário ou o habitador contra o terceiro, como contra o constituinte do direito real limitado ou o dono atual do bem usufruído, usado ou habitado, é pretensão sua, e n& derivada da pretensão do dono do bem. Toda alusão a substituição processual

envolve erro grave; e Orro também é pensar-se em relação de causa e efeito entre as pretensões e ações do dono do bem e as do usufrutuário, usuário ou habitador.

Não tem o usufrutuário, o usuário ou o habitador de chamar a juízo, para exercer as suas pretensões, o dono do bem gravado. Se a ação contra ele pode conduzir à evicção, então, a citação do dono do bem é como constituinte do usufruto, uso ou habitação, e o chamamento à autoria pode dar-se, de acordo com as regras jurídicas dos arte. 95-98 do Código de Processo Civil.

Se a ofensa é tal que tanto atinja o usufrutuário, o usuário ou o habitador como o dono do bem usufruído, usado ou habitado, então o litisconsórcio necessário compõe-se e tem o titular do direito real limitado o dever de pedir a citação e pode o juiz providenciar para a integração.

Tratando-se de apólices da dívida pública ou títulos semelhantes (art. 720), de cotação variável, só se podem alienar mediante acordo entre dono e usufrutuário, ou usuário ou habitador; de jeito que, nas ações sobre a propriedade deles, são litisconsortes necessários o dono e o titular do direito real limitado.

O usufrutuário, o usuário ou o habitador pode defender-se contra credores que forem contra o bem, se os credores o são do dono, ou do enfiteuta, para objetar que existe direito real limitado, incólume, portanto, a execuções contra o uso e o fruto, ou contra o uso, ou contra a habitação. Se os credores o são do usufrutuário, para objetar que o usufruto é intransmissível, portanto inexecutável, pOsto que sejam penhoráveis os frutos. Se os credores o são do usuário ou do habitador, para objetar que de modo nenhum se pode penhorar o uso, ou a habitação.

§ 2.344. a) ação declaratória

1.USUFRuTO, USO OU HABITAÇXO E DECLARAÇIO. O titular do direito de usufruto, de uso ou de habitação tem a ação declaratória do art. 2.0, parágrafo único, do Código de Processo Civil, quer a respeito das relações jurídicas reais, quer das relações jurídicas *propter rem,* quer das relações jurídicas pessoais. Não há no sistema jurídico brasileiro ação de usucapião do usufruto, do uso ou da habitação.

A ação declaratóris, que tem o usufrutuário, o usuário ou o habitador, é a ação declaratória mencionada, com toda a gene

ralidade, no art. 2.0, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Julga-se procedente desde que haja a relação jurídica, quer *ainda* pessoal (antes do registro), quer real, de usufruto, uso ou habitação. Pode ter por objeto apenas pormenor da relação jurídica, porque o enunciado existencial sobre ab não basta à declaração de *abc.*

A litispendência é só entre partes, salvo se, por meio de editais, foram citados todos os interessados. Se proprietários do prédio são duas ou mais pessoas, *pro indiviso* ou *pro diviso,* que tenham de ser citadas por edital, a eficácia sentencial é só entre autor e essas pessoas citadas, salvo se foram citados todos os interessados.

O usufrutuário pode, a sua custa, fazer verificar-se, por perícia judicial (ou de comum acordo, extrai udicialmente), o estado em que se acha o bem usufruído. Não vale a cláusula que pré-exclua tal pretensão (J.

BIERMANN, *Saehenrecht,* 345).

.4

2. EFICÁCIA. A eficácia é só entre partes, salvo se houve edital de citação a todos os interessados. Se o bem é em condomínio, ou enfitêutico, e foram citados, por edital, somente os condôminos ou o dono e o enfiteuta, a eficácia só se opera entre o autor e eles.

3. ÕNUS DA PROVA. Quem alega ter usufruto, uso ou habitação tem de prová-lo. *Na dúvida,* decide-se contra quem se diz usufrutuário, usuário ou habitador.

§ 2.345. b) e e) ação de condenação por ofensa ao direito de usufruto, uso ou habitação e ação de indenização 1. ação CONDENATÓRIA. A ação por ofensa ao direito de usufruto, uso ou habitação é ação condenatória, pessoal, com a prescrição especial do art. 178, § 10, IX, do Código Civil, e de modo nenhum se confunde com,~ ação *ex contractu* (isto é, com a ação oriunda do negócio jurídico que foi base para o acordo de constituição de usufruto, uso ou habitação). Essa é a que se há de propor se ainda não foi constituído o usufruto, o uso ou a habitação: é ação pessoal por inadimplemento da promessa de constituir.

Quando o usufrutuário faz despesas ou solve dívidas que teriam de ser

pagas pelo dono dos bens usufruídos toca-lhe pre

tensão ao ressarcimento (2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 9 de dezembro de 1947, *R. dos T.,* 172, 258, e *A. .1.,* 86, 177), mas a ação é outra e a prescrição é a ordinária.

2. NATUREZA DA ação. A ação por ofensa ao direito de usufruto, uso ou habitação supõe a ofensa e a condenabilidade do ofensor. ação condenatória, com eficácia imediata declaratória e eficácia mediata executiva (= dá ação *judicati).*

3. FURTO. Tratando-se de bem, móvel, ou imóvel, o proprietário ou possuidor próprio que constrange o usufrutuário, usuário ou habitador, mediante violência ou grave ameaça, para lhe tirar o usufruto, uso ou habitação, comete crime de extorsão <Código Penal, art. 158), e não o de furto (cp. PAULO, L. 15, § 1, li, *de furtis,* 47, 2: "flominus, qui rem subripuit, in qua usus fructus alienus est, furti usufructuario tenetur"). Coisa alheia é coisa pertencente a outrem, e não coisa possuida por outrem.

O usufrutuário, usuário ou habitador que se apropria de coisa móvel, de que tem a posse, comete crime de apropriação indébita (Código Penal, art. 168). § 2.346. d) ação de segurança 1.ação DE SEGURANÇA PREPARATÓRIA. Nas ações em que se alega ofensa a usufruto, uso, ou habitação, é sempre possível pedir-se caução *de non turbando,* preparatoriamente (Código de Processo Civil, arts. 675, 676, IV, e 684).

2.ação DE SEGURANÇA INCIDENTAL. A ação de caução *de non turbando* também pode ser proposta, qualquer que seja a ação em que se alegue ofensa.

3.ação DE SEGURANÇA NÃO-PREPARATÓRIA NEM INCIDENTE. Também se pode propor a ação cautelar independente de outra ação (Código de Processo Civil, arte. 675, 676, IV, 682,683, 685 e 688).1

2.347. e) ação cominatórla

1.ação DE PRECEITação. A ação do art. 302, XII, do Código de Processo Civil cabe em matéria de usufruto, uso e habitação.

2. NATUREZA DA ação COMINATÓRIA. ação de cognição incompleta, com a alternativa: preceito *de non laciendo,* ou *de faciendo;* em caso de infração, a pena cominada (ef. Tomo XVIII, § 2.242, 2). § 2.348. f)

"Ususfructus vindicatio", "URDI vindicatio", "habitationis vindicatio" 1.VINDICação. A vindicação do usufruto, do uso ou da habitação está para esses direitos reais limitados como a reivindicação para o domínio. Nos nossos dias, já não se precisa do *interdictum. quem fundum,* que era de mister ao tempo em que regia o *principio de liberdade do demandado:* a executividade está, hoje, na própria ação.

A ação de vindicação era a ação protectiva romana na forma originária. A ação confessória foi pós-clássica.

Hoje, a ação vindicatória do usufruto tem de ser concebida à semelhança da vindicatória do domínio, já sem se necessitar do *interdictum quem fundura.* Nem a negatória poderia substituir a *rei vindicatio,* nem a confessória poderia fazer as vêzes da vindicatória do usufruto.

As ações confessória e negatória são compósitas (Tomo XVIII, § 2.243). Se a ofensa foi *só* à posse, só a ação possessória cabe. Se houve esbulho do usufruto e não mais se pode empregar a ação possessória, ainda cabe a de vindicação.

2. LEGITIMação PASSIVA. O que importa é que haja negação do *jua in re,* porque, se a ofensa foi só à posse, só ação possessória é de propor-se; mas, se houve esbulho da posse e aquela negação, ainda que não mais se possa demandar possessoriamente, cabe a vindicação do usufruto, do uso ou da habitação. Pode ser demandado quem quer que haja tirado a posse, e não só o dono do bem usufruído, usado ou habitado.§ 2.349. g) "ação confessória"

1.DIREITO ROMANO. Já falamos da *actio confessoria,* em direito romano (Tomo XVIII, § 2.244, 1).

A *adio confessoria* foi pós-clássica. É compósita, conforme dissemos no Tomo XVIII, §§ 2.238, 2, e 2.244. É

inversa ação negatória. Se nega o usufruto, retirando-se a posse, a ação adequada é a vindicatória, e não a confessória.

2. DIREITO BRASILEIRO. No sistema jurídico brasileiro, há a

vindicação do usufruto, do uso ou da habitação, simétrica à vindicação do domínio <*rei vindicatio),* e a ação confessória, inversa (não simétrica) à negatória, razão para se ter chegado, hoje, à concepção de negatória por parte do usufrutuário, do usuário ou do habitador, simétrica à do proprietário.

Se nega o usufruto, o uso ou a habitação e se retira a posse ao usufrutuário, ao usuário ou ao habitador, a ação adequada é a vindicatória.

A ação confessória é ação condenatória, de eficácia mandamental provavelmente imediata e eficácia executiva não-necessariamente imediata: a ação declaratória, que é prévia, com eficácia necessariamente mediata, é que se refere à relação jurídica real.

Se não há negação do direito de usufruto, uso ou habitação, a ação confessória é inadequada ou precipitada. A ação

a propor-se seria a da *Lez Aquilia,* ou a *actio iniuriarum,* ou a *vindicatio,* na qual pode não haver e é provável que não haja a questão prejudicial da existência da relação jurídica de usufruto, de uso qu de habitação.

3. LEGITIMação ATIVA. Legitimado ativo à ação confessória é quem tem direito real de usufruto, uso ou habitação (ou outro direito real limitado). A carga de eficácia declarativa mediata é necessária; daí ter-se de pôr a questão prévia da existência da relação jurídica real.

Se há co-titularidade do direito de usufruto, qualquer dos co-usufrutuários pode propor a ação confessória, não com eficácia para todos, mas segundo os princípios que regem o litisconsórcio necessário (Código de Processo Civil, arts. 88, alínea 1.8 e alínea 2.8, 1.8 parte, e 91) e unitário (Código de Processo Civil, art. 90).

4. LEGITIMação PASSIVA. Legitimado passivo é o proprietário, ainda que se trate de domínio fiduciário ou resolúvel, e quem haja de receber o bem, ou por fideicomisso, ou resolução, e contra quem é enfiteuta. O

litisconsórcio é necessário e unitário <Código de Processo Civil, arts.. 88, alínea 1.8, 1.8 parte, e alínea 2.8, 1.8

parte, e 90). Se há condomínio, ou comunhão *pro diviso,* que o usufruto atinja, todos os condôminos, ou comuneiros, são

litisconsortes necessários unitários. Se a alegação de uns é independente das alegações dos outros, pode dar-se não haver unitariedade.

Se houve negócio jurídico de algum condômino, para se iniciar a composição do negócio jurídico de constituição, a ação a propor-se somente pode ser a declaratória, ou outra que"àquele negócio jurídico se ligue.

O possuidor sem *ins in re* tem de ser citado, porque talvez tenham partido dele os atos ofensivos. Por isso, pode ele contestar. Se o possuidor *proprio nomine* nega o direito de usufruto, uso, ou habitação, a ação tem de ir contra ele e contra o proprietário, se o há. Se a ação somente corre contra o titular da posse própria, que não é o dono, *e.* g., conforme o registro, a sentença na ação confessória só tem eficácia a respeito de quem foi citado. O

possuidor impróprio, sendo citado, pode nomear à autoria o possuIdor próprio (Código de Processo Civil, art.

99). O servidor da posse é legitimado passivo: se deixa de nomear à autoria, a causa corre contra ele; se o nomeado deixa de comparecer, ou nega a qualidade, incide o art. 99, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

5 ÔNUS DA PROVA. O autor tem de provar que é usufrutuário, usuário ou habitador, exibindo o titulo constitutivo Se se trata de usufruto, uso ou habitação sobre imóveis, a certidão da inscrição é de mister, ou a certidão do testamento em que é herdeiro do direito real limitado, ou outra certidão, se não depender de registro, na espécie, o usufruto, o uso ou a habitação.

6.EFICÁCIA DA SENTENÇA FAVORÁVEL NA ação CONFESSÓRIA. A composição eficácia da sentença é a de que se falou nos Tomos XIV, § 1.585, e XVIII, § 2.244, *7.* No que faz cessar a turbação, a ação confessória é ação real.

Por ser compósita a ação confessória, a parte da sentença que condena a ressarcir danos, ou a despesas necessárias à redução da coisa ao estado pristino, é sentença em ação pessoal. § 2.350. h) ação negatória (ação de ofensa ao direito real linutado)

1.ação NEGATÓRIA DO USUFRUTUÁRIO, USUÁRIO HABITADOR. O titular do direito real limitado também tem ação negatória contra quem o ofende, afirmando ter direito real sobre o direito real limitado. Aos juristas alemães deve-se o esclarecimento da legitimação ativa dos titulares de direitos reais limitados à ação negatória (cf. Tomo XVIII, § 2.245). No direito dos povos latinos, ao que saibamos, foram G. DEJANA (Alcuni considerazioni sull"azione negatoria, *Anrtali triestini,* 16, 331 8.) e G. PUGLIESE (Usufrutto, Uso-Abitazione, *Trattato di Diritto Civile* de F. VÂSSÂLLI, IV, *5,* 358) os que aludiram à espdeie (ignora a evoluçio do conceito F. DE MARTINO, Usufrutto, Uso, Abitazione, *Commentario dei Codice Civile* de A.

SCL&LOJA e (3.BRANCA, 417).

À semelhança do que se passa com as servidões, o usufruto foi posto, hodiernamente, no mesmo plano que o domínio, como direito real que 6. Em vez de só existir a ação negatória do proprietário, há a *apto negatória do usufrutuário,* ainda se a ofensa parte de outrem que o proprietário do bem usufruído. Não importa se tem ou não posse do usufruto. Apenas está em causa a afirmação, oral ou escrita, de que o autor não tem usufruto. O

que é preciso é que tal afirmação implique exclusão do exercício; se não tem tal alcance, basta a açio declaratória passiva. A ação é de condenação, e não a de vindicação, ou outra ação executiva.

É preciso que se não confunda com a ação confessária, que é de finalidade *contraria* exatamente à ação negatória do proprietário. A ação negatória do titular do usufruto é de finalidade *semelhante* e no mesmo sentido da ação negatória do dona do bem usufruído. Pressupõe-se lesão (cf. Tomo XVIII, § 2.245).

2.DA ação DA OFENSA. A ofensa pode ser a outra pessoa que a autor. Se há dever de o autor tolerar a intromissão, a demandado pode objetar que a pretensão negatória não existe (na ação de vindicação, a alegação seria exceção).

3.LEGITIMação PASSIVA. A ação é contra o turbador do direito real limitado, quem quer que seja.fi 2.351. i) Ações possessóras

1. USUFRUTO, USO E HABITação, ACONTECIMENTOS DO MUNDO FÁTICO. O usufruto, o usar e fruir, o uso e a habitação, no sentido de direitos reais limitados, pertencem ao mundo jurídico, são efeitos de

fatos jurídicos. Mas pode-se possuir a coisa como usufrutuário, usuário ou habitador, ainda sem se ser usufrutuário, usuário ou habitador. Á posse de usufrutuário, de usuário ou de habitador pode não corresponder o *direito* de usufrutuário de usuário ou de habitador. Porque a posse é poder fático.

O usufrutuário, o usuário e o habitador podem não ter posse. Pode-se ter posse antes de se ter direito de usufruto, uso ou habitação. Pode-se perder o direito real de usufruto, ou de uso, ou de habitação, sem se perder a posse de usufrutuário, usuário ou habitador. Pode-se perder a posse de usufrutuária, de usuário, ou de habitadar, sem se perder o direito de usufruto, ou de uso, ou de habitação.

Adquire-se a posse de usufrutuário, ou de usuário, ou de habitador, como se adquire qualquer outra posse, imediata ou mediata. Também ela pode ser imediata ou mediata, desde o infeto; ainda em se tratando de usa ou habitação, porque, embora o usuário e o habitadar tenham de utilizar-se do bem gravado de uso ou de habitação pessoalmente, é possível que só haja recebido a posse mediata e ainda não haja conseguido a posse imediata.

Por exemplo: se o bem gravado estava em locação e ainda não se tirou a passe, ou não cessou, por ato do locatário, a posse imediata desse, ou se o bem gravado ainda se acha sob a posse imediata do inventariante.

A posse imediata de usufrutuário, de usuário, ou de habitador, nasce com a obtenção do poder táctico, sem outro possuidor mais próximo e sem possibilidade disso. Na sistema jurídico brasileiro, há abstração do *anitnus* e do *corpus*.

A *apreensão* é causa de se obter a posse de usufrutuário, usuário ou habitador. Se a alguém se permite tomar posse de usufrutuário, usuário, ou habitador, como se o dono do bem prometeu constituir o direito real limitado e transmitiu a posse, há, desde o momento em que o poder táctico se iniciou, posse de usufrutuário, usuário ou habitador, O art. 493, II, do Código Civil também incide em matéria de posse de usufrutuário, usuário ou habitador (Toma X, § 1.083).

Há *tradição* da posse de usufrutuário, usuário ou habitador. A tradição pode ser simples, ou *brevi manu,* ou *longa manu,* ou pelo constituto possessório, mas advirta-se em que no mundo jurídico, o uso e a habitação não podem ser cedidos.

Também há a aquisição da posse de usufrutuário, usuário ou

habitador em virtude de cessão *da pretensão à entrega* (Tomo X, § 1.085).

Há aquisição *ex lege* da posse de usufrutuário, usuário ou habitador, como a do titular do pátrio poder a cada obtenção de posse pelo filho, ou se só após a obtenção de tal posse pelo filho se iniciou o pátrio poder.

A aquisição pode ser *jure hereditario* (Código Civil, artigos 495 e 1.572).

Pode haver representação na aquisição da posse de usufrutuário, de usuário ou de habitador (art. 494, II; Tomo X, § 1.090); e isso não se choca com o caráter personalíssimo rio uso e da habitação: quem recebe a posse é o usufrutário ou usuário ou o habitador.

As pessoas jurídicas ou adquirem a posse por seus orgãos ou por seus representantes.

A perda da posse rege-se pelos princípios gerais (tomada da posse por outrem, tradição, destruição do bem gravado, cessão da pretensão à entrega, extracomercialização, abandono da posse).

O *esbullw* da posse corporal não retira a posse ao esbulhado: é preciso que se haja dado a extinção do direito de usufruto, de uso ou de habitação, pela prescrição das ações reais (Código Civil, arts. 739, VI, 745 e 748), ou, pelo menos, das pretensões e ações possessórias de esbulhado (art. 520, parágrafo único, e 520, IV, combinado), ou tenha cessado o vicio do esbulho, caso em que só a restituição se pode dar (Tomo X, § 1.106, 4).

2.LEGITIMação ATIVA. As ações possessórias competem a quem tem posse ou pode pedir a restituição, e não a quem apenas tem direito à posse. O usufrutuário, o usuário ou o habitador pode nunca ter tido posse. Os servidores da posse, inclusive as pessoas da família segundo o conceito do art. 742 do Código Civil, não são possuidores. Os atos de tolerância não induzem posse (art. 497).

Não há no direito brasileiro regra jurídica que mande atender-se à posse do último ano; há, apenas, o art. 507, sobre melhor posse.

Se a ofensa é só ao usufruto, ao uso, ou à habitação, só o usufrutuário, o usuário, ou o habitador é legitimado; se só ao nu proprietário, só êsse o é. Se a ambos, titular do direito real limitado e titular do domínio são legitimados.

Se a incursão na posse não ofende a direitos suscetíveis de usucapião, mas apenas ao usufruto, ao uso ou à habitação, só o usufrutuário, o usuário ou o habitador é legitimado.

A ofensa à posse de servidão tanto atinge o dono do bem como o usufrutuário, o usuário, ou o habitador. Aliás, a ofensa à servidão pode partir do nu proprietário ou do usufrutuário, usuário ou habitador, e legitimado ativo a título possessório é o ofendido e legitimado passivo o ofensor.

O esbulho da posse de usufrutuário, usuário ou de habitador interessa, em principio, ao nu proprietário, porque a ingerência de terceiro lhe pode ser lesiva, ainda que o terceiro reconheça o domínio do proprietário ou possuidor próprio atual.

8. TUTELA POSSESSÓRIA. O possuidor como usufrutuário, usuário ou habitador tem a tutela possessória, como os demais possuidores não-próprios, inclusive a legitima defesa e a justiça de mão própria (Código Civil, art. 502). Não há exceção similar à do art. 505, 2.‟ parte; o que pode ocorrer é a objeção de viciosidade da posse (art. 489).

As pretensões e ações possessórias são reais. Tanto se exercem contra o terceiro como contra o constituinte do usufruto, do uso ou da habitação, ou contra o proprietário ou possuidor próprio do bem usufruído, usado ou habitado.

No art. 780 do Código Civil diz-se que o usufrutuário, que não quiser ou não puder dar caução, perde o direito de administrar o usufruto. O proprietário pode negar-se a dar-lhe a posse imediata de usufrutuário, posse, aí, de administrador. Se lha deu, não a pode tomar, fazendo-se justiça de mão própria. A posse mediata de usufrutuário, ele a tem, preste ou não caução, salvo se o proprietário não lhe quis dar qualquer posse: se so se negou a dar-lhe a posse de administrador, transferiu-lhe posse mediata, donde três posses: a mediata pró.. pria, que o dono do bem usufruído tem; a mediata do usufrutuário; a imediata do dono-administrador.

Quanto ao uso e à habitação, não cabe falar-se em ficar ao proprietário a administração. O usuário ou habitador, se lhe exige o proprietário, ou se é obrigado a caucionar, se coube, *in can,* medida cautelar (Código de Processo Civil, arte. 675 e 676, IV), cauciona.

Se o usufrutuário recebeu a posse imediata ou mediata, ou se não a

recebeu, é questão de fato, e não de direito, O usufrui o ou recebeu a posse mediata, ou imediata, ou ainda não recebeu posse. Diga-se o mesmo quanto ao habitador. Se o constituinte tem posse, ou pode pedi-la, o usufrutuário, o usuário ou o habitador pode pedir a posse que lhe toca.

A respeito da posse do usufrutuário, do usuário e do habitádor, cumpre ter-se em vista que a teoria da posse, no sistema jurídico brasileiro, se alçou à altura do sistema jurídico alemão e, em alguns pontos, o superou. A distinção entre posse do dono e detenção do usufrutuário, usuário ou do habitador, em que ainda se insiste em alguns sistemas jurídicos, já não tem sentido para o sistema jurídico brasileiro; e há de ter-se todo cuidado na leitura de livros franceses e italianos.

4.UNIÃO E SUCESSÃO DO TITULAR DO DIREITO REAL LIMITADO. Não há sucessão possessionais, em se tratando de usufruto, uso ou habitação. Quem tem posse de usufrutuário não deixa aos herdeiros posse de usufrutuário, nem quem tem posse de usuário ou de habitador a transmite, O herdeiro ou o inventariante tem *posse imediata de administrador*. Não há, portanto, por onde pensar-se em continuação da posse, nem em união das posses.

No caso de extinção da pessoa jurídica titular do direito real limitado de usufruto, uso, ou habitação, dá-se o mesmo. Se o sucessor é universal, a posse, que recebe, quanto aos bens usufruídos, usados ou habitados, é a de administrador; não a de usufrutuário, usuário, ou habitador. Se o sucessor se crê titular de outro usufruto, uso ou habitação, e passa a exercer a posse como tal, de modo nenhum se há de pensar em sucessão na posse: há nova posse, ou injustificada *mutatio causae possesstonts*.

§ 2.352. j) ação de retificação do registro

1.REGISTRO, USUFRUTO, USO E HABITação. Se o registro não corresponde à realidade, tem o prejudicado a pretensão à retificação do registro. A diferença pode consistir em que se registrou o direito real como de uso, tratando-se de usufruto, ou de habitação, ou em que se registrou o direito real como usufruto, tratando-se de uso, ou de habitação, ou em que se registrou como de habitação, tratando-se de usufruto, ou de uso. Não há no sistema jurídico brasileiro o *principio da. eficácia jurídica formal do registro* (= se está no registro, está cedo). Quando alguém adquire o usufruto, o uso ou a habitação, por ter sido

registrado o direito real limitado sendo outorgante quem constava do registro como legitimado a constituí-lo, não é em virtude daquele princípio que adquire, mas em virtude da fé pública do registro (cf. Código Civil, arte. 580, 1, e 676).

2. NATUREZA DA PRETENSÃO. A pretensão é real (Tomos XI, § 1.249, e XVIII, § 2.248, 2). Se se quer a retificação do registro do usufruto, do uso ou da habitação, tem de concordar com retificar-se a pessoa que seria prejudicada, ou há de o interessado suscitar a constituição de relação jurídica processual, perante o juiz do registro, para que obtenha a retificação. Com a inscrição (Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, arte.

178, a), VII, e 281), pré-exclui-se, *ex nunc,* a confiança pública no registro.

Extinto o usufruto, o uso ou a habitação, acaba a pretensão à retificação.

SEÇÃO II

AÇÕES CONTRA PRETENSÃO OU ATO DE USUFRUIÇÃO, USO OU HABITação

§ 2.358. ação negatória

1. GENERALIDADES. Supomos lido o que se escreveu no Tomo XIV, *§* 1.583-1.586. As ações que tem o dono do bem usufruído são as ações de que se tratou nos Tomos XIV, §§ 1.583-1.586, XV, §§ 1.762-1.775, XVI, §§ 1.881-1.891, e XVII, § § 2.067-2.092. Tem, *a fortiori,* a ação declaratória negativa.

Em particular, a *ação negatória* tem a finalidade específica de que se falou tantas vêzes nesta obra.

Há, também, a *ação de retificação do* registro, ligada a pretensão de caráter real (Tomos XI, § 1.249, e XVIII, §

2.248), as de indenização e as ações possessórias.

2.USUFRUTO, USO E HABITação INJUSTIFICADOS. A tutela da

propriedade, em matéria de gravame, não só se dirige contra a afirmação da existência do direito real limitado como também contra a afirmação de existir extensão que não é a que o dono admite. Dai poder-se ir com a ação negatória se o usufrutuário, o usuário ou o habitador muda a destinação econômica, estética ou histórica do bem usufruído, usado ou habitado (Código Civil, arts.. 724, 725 e 729), ou quando o usuário ou o habitador cede o exercício do uso ou da habitação (arts..

742 e 746), ou dá em locação-o objeto do uso ou da habitação.

§ 2.354. ação de retificação do registro e de cancelamento

1.PRETENSÃO Á RETIFICação QUE TEM O NU PROPRIETÁRIO OU TERCEIRO. Se o registro do usufruto, do uso ou da habitação não corresponde à realidade, tem o nu proprietário pretensão e ação de retificação. Mas terceiro pode ser o prejudicado com o registro, *e.* g., o credor anticrético, o próprio locatário, o titular de direito real de garantia, o <fredor que obtivera penhora.

2.EXTINÇÃO DA PRETENSÃO. Se o nu proprietário aliena a propriedade, não lhe cessa a pretensão à retificação, tanto mais quanto pode ter de responder pela avicção se alienou o bem como livre e, segundo o registro, esta gravado. Extingue-se a tutela jurídica se o que era legitimado não mais tem interesse de agir.

8.A CHAMADA ação DE EXTINÇÃO DE USUFRUTO, DE USO OU DE HABITação. A ação de extinção de usufruto é ação mandamental, com eficácia imediata declarativa (declarativa mas para se mandar cancelar); exceto em se tratando da ação fundada no art. 789, VII, do Código Civil, que é condenatória, de eficácia imediata mandamental e de eficácia mediata declarativa.

A ação de extinção de uso, ou de habitação, tem a mesma estrutura.

No Código de Processo Civil, o art. 552 e §§ 1Y-8Y regem o procedimento das ações de extinção de usufruto; por analogia, o das ações de extinção do uso ou da habitação.

§ 2.355. ação de indenização

1. DANO E REPARAção. Se alguém, dizendo-se usufrutuário, usuário ou habitador, sem no ser, ou irregularmente exercendo o direito real limitado, que tem, causa danos ao nu proprietário ou a outrem, o prejudicado tem a pretensão e a ação de indenização. Idem, se a ofensa é à posse. (Cf. Tomo XIV, §§ 1.587-1.589.)

2. LEGITIMação. Legitimado ativo é o prejudicado; legitimado passivo, o causador do dano, usufrutuário, usuário, habitador, possuidor como usufrutuário, usuário, ou habitador. ou quem se faz passar por um ou por outro.

§ 2.356. Ações possessórias

1.INCURSÕES DE USUFRUTUÁRIO, USUÁRIO OU HABITADOR.

Se a pessoa que se diz usufrutuário, usuário ou habitador ofende a posse própria ou imprópria de outrem, ou se a ofende quem, em verdade, é usufrutuário, usuário ou habitador, cabe ao ofendido a proteção possessória.

Não só a posse própria (posse do dono do prédio ou de quem se porta como dono do prédio) pode ser ofendida.

O usufrutuário, usuário ou o habitador, ou quem se diga tal, pode ofender a posse não-própria mediata ou imediata.

2.CONTEÚDO DO DIREITO REAL LIMITADO E POSSE. Se o

ato do usufrutuário, do usuário ou do habitador não cabe no conteúdo do usufruto, uso ou habitação, *de que tem posse,* e ofende a posse de outrem, tem o ofendido ação possessória. Igualmente, se a ofensa vem de quem se diz titular do direito real limitado, sem o ser, tenha ou não posse de usufrutuário, usuário ou habitador.

Se o usuário ou o habitador deu posse de locatário, ou posse semelhante, a alguém, ofende a posse mediata do proprietário, porque ele não pode alugar, nem, por outro negócio jurídico, ou ato jurídico *stricto sensu,* ou ato-fato, transmitir o que é intransmissível. O proprietário pode ir contra o outorgado por ser a recepção da posse outorgada, como a mesma outorga, ofensiva da sua posse.

Praticamente, há de o proprietário pedir a citação dos dois, do outorgante e do outorgado.

Se o ato de tomada de posse foi somente de quem se *diz* locatário, ou com outro direito à posse, contra essa pessoa é que se há de dirigir a ação.

Se foi o proprietário que deu a posse imediata ao terceiro (ou posse mediata), o ato dele ofende o direito ou o direito e a posse do usufrutuário, do usuário, ou do habitador.

A posse mediata do proprietário pode ser transferida com a propriedade, ou por direito que não implique o de uso.

Parte VI. Uso

CONCEITO E NATUREZA DO USO

§ 2.357. Usar e direito de usar

1. USAR E num. A propósito do direito de usufruto frisamos que as expressões *unta* e *fruetus* têm acepções largas e estritas. Às vêzes, nas fontes romanas, *fructus* abrange todas as utilidades do bem, razão por que não raro se chama ao usufrutuário apenas *Iructuarius.* Na L. 14, § 1, D., *de usu et habitatione,* 7, 8, lê-se: "Usus fructus an fructus legetur, nihil interest, nam fructui et usus inest, usui fructus deest".

Mas a cada passo as fontes extre~nam o uns e o *fructus.*

Ocorre quase o mesmo com o *unta.*

Em verdade, precisaram os juristas romanos os dois conceitos, sem desconhecerem, porém, que não se podem gozar os frutos sem se ter certa parcela de uso: "fruendi causa et usum habebit", diz-se na L. 42, pr., D., *de usu fructu et quem-. admo dum quis utatur fruatur,* 7, 1, posto que, na L. 14, § 3, D., *de nu et habitatione,* 7, 8, se asserte: „tPoterit... apud alium esse usus, apud alium fructus sine usu, apud alium proprietas", o que também é verdadeiro. Quem frui até certo ponto usa, embora infimamente; e nada obsta a que um use, outro frua, outro tenha a propriedade.

Por outro lado, a interpretação das fontes no sentido de não se poder restringir a fruição, ou de não se poder restringir o uso, porque se atingiriam os conceitos de direito de usufruto ou de uso (E. 5. ZACHAEL4.E vON

LINGENTHAL Ober die sogenannten irregulãren Personalservituten, *Árchir fiM- die civllisti.sche Praxis,* 27, 5-17, e 11. COHNFELDT, *Die sogenannten irreguWren Servituten,* § 2), não é de admitir-se. Podia-se e pode-se restringir o *.fructua,* ou o *usua.* Pode-se ter usufruto para pescaria, ou para a caça (L. 9, § 5, e L. 62, D., *de nau fructu eL quemadmodum quis utatur fruatur,* 7, 1; cf. C. G. VON WÃCHTER, *Das Jagdrecht,* 343 s.).

2.DIREITO ROMANO E CONCEITO DO USO. O instituto do uso, tal como o tem o sistema jurídico brasileiro, veio do direito romano. Em toda a sua inteireza, o uso segundo o direito romano alcançou extensão objetiva e precisão conceptual a que nunca se atingira. Faltou unidade à concepção grega e à germânica.

O que mais importa, teoricamente, é que foi a aparição do uso contemporânea à do usufruto, se não anterior (cf.

L. 4, § 1, D., *de usu et habitatione, 7,* 8; "Mulieri autem si usus relictus sit, posse eam et cum manto habitare Quintus Mucius primus admisit,

ne ei matrimonão carendum foret, cum uti vult domo. nam per contrarium quin uxor cum manto possit habitare, nec fuit dubitatum").

O uso consiste em aproveitar-se da utilidade, excetuados os frutos. Porém com isso não se excluía o uso de casa em que houvesse árvores frutíferas, bois, ou bosques, desde que atribuídos só ao usuário como algo que o uso arrasta consigo.

Na L. 10, § 4, D., *de nau et habitatione, 7,* 8, ULPIANO informa: "Si usus fundi sit relictus, minus utique esse quam fructum longeque nemo dubitat. sed quid in ea causa sit, videfidum. et Labeo ait habitare eum in fundo posse dominumque prohibiturum illo venire: sed colonum non prohibiturúm nec familiam, scilicet eam, quse agi collendi causa illic sit: ceterum si urbanam familiam ilio mittat, qua ratione ipse prohibetur, et familia m prohibendam eiusdem rationis est. idem Labeo ait et cella vinaria et olearia eum solum usurum, dominum vero invito eo non usurum". Se foi legado uso de fundo, ninguém duvida ser menos e mais do que usufruto. Mas há de ver-se o que está em causa. E LABEÃO diz que pode alguém habitar no fundo e proibir que o dono venha a ele: porém não proibirá ao colono, nem à família, por exemplo aos escravos que ai haja para cultivar o campo.

Mas, se a famíia urbana (escravos> foi aí posta, há a mesma razão que há para se proibir a esses (os escravos) que para se proibir a ele (ao dono). Diz o mesmo LABEÃO que só ele (o usuário) usará a adega *(celia vinaria)* e da olearia, e contra sua vontade, delas não usará o dono.

3.DIREITO REAL E DIREITO PESSOAL DE USO. Direito de uso é direito *real* de usar. Usa-se, por direito dominical. Usa-se, por direito pessoal. Usa-se, por direito real. Os três direitos reais usufruto, uso e habitação são direitos reais de uso: no usufruto, há mais do que uso, há o uso e a fruição; na habitação, há uso somente para habitar. Todavia, pode a coisa usufruída quase não dar frutos, ou não poder ser usada mas só fruída; pode da coisa usada ter o usuário alguns frutos; pode o habitador usar o prédio além ~o que seria mera *habitatio* e alguns frutos colher mais imposto o cite juridicamente se construiu e constituiu do que a utilidade fática, nos pormenores. O que importa é que haja de fato o que encha o conceito.

Quando, ao se cogitar dos direitos reais limitados, se fala de uso, dá-se a uso, *naus,* o sentido de direito real de uso. Logo se percebe a diferença de linguagem quando se diz que o proprietário pode usar a

propriedade. O

uso, elemento comum, àquele direito e a êsse poder, é dado fático. O locatário também tem o uso da coisa locada sem ser dono e sem ser titular de direito real de uso.

Do direito real de uso, direito subjetivo, irradiam-se pretensões e ações. No conteúdo dele estão poderes, que se definem, englobadamente, como poderes de uso.

Os terceiros são sujeitos passivos da relação jurídica real de uso como o são de relação jurídica de domínio.

Também aqui é de repelir-se a concepção da subjetividade passiva única, que se chocaria com o conceito de direito real.

O uso pode recair em *res ntdtiua:* há, então, o uso, sem haver, subjetivamente, a nua propriedade.

4. USIO NÃO É SERVIDÃO. Incluir-se o uso no número das servidões foi apenas, como já dissemos a respeito do usufruto (§ 2.251, 4), meio que tiveram os juristas do direito comum para frisar que se não tratava de direito dominical, nem de direito sobre *para dominji,* e sim de direito real limitado. O uso *restringe* o conteúdo do domínio; não o limita:

limitado é ele, diante do domínio, que é, conceptualmente, direito ilimitado.

Por outro lado, pode-se ter uso sobre a coisa própria como se pode ter usufruto sobre a coisa própria. o que acontece, por exemplo, sempre que o nu proprietário adquire o uso, sem promover o cancelamento do registro, ou o usuário adquire a propriedade, sem que se proceda ao cancelamento. Se aliena, nesse comenos, a propriedades continua usuário, porque usuário nunca deixara de ser.

Conforme temos frisado, há dois sentidos de propriedade~ o largo (= domínio + direitos reais) e o estrito (domínio» No segundo sentido, o uso não é propriedade é direito real limitado que *restringe* o exercício, sem *limitar* o conteúdo do domínio.

Assim como ao usufruto e à habitação, ao uso falta qualquer relação de jurespredialidade Também ele tem extensão que qualquer servidão não tem. Por outro lado, algumas servidões contêm faculdade de fruir, o que sb m“miniamente pode haver USO.

5 USO E USUFRUTO Não somente em quantitatividade o uso se distingue do usufruto. o usufrutuário pode usar a coisa e poda atribuir tal uso a outrem. o usuário, não. A regra jurídica do art. 717 do Código Civil, que permite a cessão do exercício do usufruto, não se estende ao uso e à. habitação escapa ao que se estatula no art.

145. Na L. 8, pr., D., *de «a et hokitattOiw, 7,* 8, lê-se (ULflÂNOÚ “Sed neque Iocabunt seorsum neque concedeflt habitatiofleifl gine se, nec vendelit usum”.

Na L. 11 e na L. 12, § 2, insiste-el Na L. 11, GAIO diz que o usuário não pode vender, nem lotar, nem conceder gratuituflenk a outra pessoa o direito que tem. Na L. 12, § 2, ULPIANO figura o caso do usufruto de rebanho de ovelhas e lembra LABEZO, que explicou não poder o usuário servir da lã, nem doe cordeiros, nem do leite, o que ULPIANO corrige no sentido de poder o usuário usar o leite, modicamente.

Quem atribui a outrem o uso não usa. Ou deu, gratuitamente, o uso, ou frui, se onerosamente o fêz. Ou recebe, periodicamente, os frutos civis, pela cessão do uso, ou os recebeu adiantadamente, por todo o tempo que dure o uso por outrem.

O direito real de uso não estabelece a possibilidade de se fazer fruir a coisa pela cessão do exercido do uso, ou do uso mesmo. Seria em contradição com o conceito do «sua que se pudesse ceder o uso da coisa, se só se tem direito real de uso.

Quando. diante do negócio jurídico de constituiçãO, não se pode pensar em uso, mas só em frui$O, ou só se pode pensar em uso mais fruição tal que não seja simples elemento do uso *(e.* g., terreno plantado cujos frutos são inoperantemente acima dos gastos do usuário e sua família), a categoria jurídica que se impôs ao intérprete é a do usufruto, embora se haja falado de uso. Se já houve inscrição no registro de imóvel, pode ser pedida a justificação (ação de ratificação do registro, Decreto n. 4.357, de *9* de novembro de 1939, art. 22“?, e!. art.

11“?). Se ainda não se procedeu à inscrição, ou a requerimento do interessado. ou diante de dúvida levantada pelo oficial do registro, decide, previamente o juiz, ouvidos os figurantes e quem tenha interesse na interpretação do ato jurídico

6 AVALIação IMPLANTação NO USO O fruto restrito ao uso (regular!) do usuário ou sua família é uns, compreende no uso. Isso não quer

dizer que a definição entre *USOS* e *«sus fructus* consista na quantidade dos frutos, sendo o «sus o uns fnwt«s com pouco *«sus.* O que se dá é que, sendo para o uso só do usuário ou da sua família o fruto, elemento mimo, ou, pelo menos, secundário, em re}ação ao uso, a fruição está inclusa no uso, razão por que A. BECUMANN *(tiber den Inludt* «mi *tJs,vf<ing der FersOfifl*" *deu* Usus naek *roinischtfl RectaL, 1 e.* e 51 s.) não via no usuário a aquisição da propriedade dos frutos. Se o usuário adquirisse a propriedade dos frutos, adquirir propriedade de bens móveis, perfeitamente alienáveis, e estaria a usufruir. o usuário consorte (isto é, pode consumir> os frutos, não lhes adquire a propriedade. o possuidor de má fé não adquire a propriedade dos frutos (Código Civil, arts. 513 e 511): se os consome, consumidos foram, e a ação contra ele é a ação de constituição, tal como contra qualquer esbulhador que consuma (cf. art. 515). Mas entre o possuidor de má fé e o proprietário a situação não é igual a que se esboça entre o usuário e o proprietário do bem gravado de uso. Há direito do usuário a consumir. O possuidor de má fé consome sem direito.

A observação de A. BECHMANN, que completamos acima, com adições nossas, logo impressionou a A. VON

SCHEURL, na revisão do livro de A. BECHMANN, inserta na *Kritiscke Vierteljahrsschrift* (III, 803).

A assimilação ao usufruto das coisas consumíveis seria insuficiente para a explicação do que se passa com os frutos que o usuário consome como parte do uso. O usufruto de coisas consumíveis e o uso de coisas consumíveis (cf. L. 5, D., *de nu fructu earum rerum, quae «au consumun.tur vel minuuntur,* 7, 5) são direitos reais que dão a propriedade das coisas consumíveis: não só permitem o consumo. Pode dar-se mesmo que o consumo pelo titular do usufruto impróprio ou do uso impróprio não se opere *(e.* g., o usufrutuário ou usuário venda as coisas, antes de serem consumidas).

7 USO PARA PRODUZIR. O uso não tem de ser apenas o dos 1º que não se podem produzir com matérias-primas. As máquinas que transformam substâncias ou energias podem ser ob eLo de uso. Pode ser objeto de direito de uso a usina, a fábrica, o armazém de depósitos, os carros, os instrumentos.

O uso tem de ser pelo usuário ou pessoas de sua família. Mas isso não importa em dizer-se que não se possa usar o bem com o emprego de servidores, o que de modo nenhum equivale a dar uso aos servidores.

Tanto faz porem-se domésticos para se poder usar o prédio, ou jardineiros ou lavradores para se poder usar o jardim ou o sitio, quanto colocarem-se operários para se poder usar a máquina dada em direito real de uso. É uso pelo usuário o uso do trator pelo empregado da empresa agrícola do usuário. Já ULPIANO (L. 12, § *6, de «eu et habitatione,* 7, 8) admitia o emprego de escravos para o cultivo de terreno e de *artcillae usuariae* para a tecelagem de lá.

8.DIREITOS DO BEM GRAVADO DE USO. O usuário tem direito aos frutos que se percebem como uso, isto é, como bens de consumo do usuário e da sua família, conforme o conceito de família que se insere no art.

742 do Código Civil. Isso não quer dizer que o usuário ou algum dos membros da família, que usam, com ele, o bem, não possa dar a outrem o fruto que poderia consumir diretamente.

À base da discriminação de frutos, elementos do uso, e frutos, elementos do usufruto, está a destinação econômica, estética ou histórica do bem. Se alguma cláusula do negócio jurídico de constituição fixa a fruição, sem ser com o caráter declarativo da destinação do bem, de modo que o usuário possa colher mais do que colheria se cláusula restritiva não houvesse, há usufruto, e não uso.

A diferença entre uso e usufruto, a despeito da percepção de frutos, é qualitativa, e não quantitativa; porque a quantitatividade somente serve, aí, para se inserir no uso o quanto de frutos.

O que pode ser considerado uso são os frutos que se *destinem* ao consumo direto do usuário e dos membros da família. Mas esses frutos destinados entram no conceito de uso e nada impede que, em vez de os consumir, os aliene. A alusão à destinação somente serve, ai, para discriminar o que é fruto-

-uso. Não há *dever de destinar.* As alusões, nos juristas, a "consumo direto" e a "consumo pessoal" levaram a confusões que se têm de evitar. Quem é usuário de piscina, com jardim e fruteiras em volta, somente pode perceber os frutos que o usuário e a família podem consumir, porém isso não quer dizer que, se não os podem ou não os querem consumir, tenham de destruí-los, em vez de aliená-los. Não se pode pensar em fruição, porque *já* se assentou que aqueles frutos são elemento de uso.

Se o bem é frutífero e os frutos excedem as possibilidades de consumo do usuário e sua família, há uso pelo usuário e fruição pelo nu

proprietário. Quanto a Esse frutos, que pertencem ao nu proprietário, tem Esse as pretensões e ações concernentes ao domínio, ainda contra o usuário

9. USO E HABITação. Quem habita usa, porém nem todos os que usam habitando. Só se pode habitar casa ou algo como casa, que sirva à moradia ou estada duradoura. Não se habita simples telheiro, ou pérgula. A habitação apanha certos usos mínimos que se incluem na habitação, como certa fruição mínima, que se reputa compreendida no poder de habitar. O uso do habitável é habitação *maia* o uso do que se não insere no conceito de habitação. § 2.358. Titularidade do uso

1. LIGação À PESSOA. O uso é ligado à pessoa, tanto assim que, morrendo o usuário, se extingue o uso. Mas a ligação é mais intensa que a respeito do usufruto. Se o usufruto, como o uso e a habitação, se extingue com a morte do titular, não se exige ao usufrutuário que seja ele Que use, ou que, com Me, só os membros da família e aderentes usem.

O uso é ligado à pessoa, porém não se tire daí que só se possa tratar dos chamados usos pessoais. Só o usuário pode utilizar a coisa, mas o não pode ser o uso pela pessoa física ou qualquer uso. Quando se diz que só o usuário e aderentes se podem utilizar do bem, o que se há de entender é que a *atividade* do usuário e não o uso há de ser pessoal. Por isso, a habitação é especialização do uso. Os demais usos entram no conceito de uso.

O uso, *em si,* não precisa ser conforme a necessidade do usuário e da família. A fruição da coisa usada, sim. O

Código Civil, art. 742, em que se estranha o “fruirá”, revela que, temendo a tautologia de se referir a uso, para defini-lo, se pulou a definição, para se resolver o problema do poder do usuário quanto aos frutos.

POMPÔNÃO, na L. 22, § 1, D., *de «au fl habitatione,* 7, 8, disse: “Lieet tam angustus est legatarius, ciii domus usus legatus est, ut non possit occupare totius domus usum, tamen eis quae vacabunt proprietarius non utetur, qula licebit usuario aliis et aliis temporibus dota tomo uti, cum interdum domini quoque aeduum, prout temporis condicio exigit, quibusdam utantur, quibusdam non utantur”.

2.PESSOAS JURÍDICAS E USO. No art. 742 do Código Civil fala-se do

usuário como de pessoa que tem “a utilidade da coisa. dada em uso, quanto o exigirem as necessidades pessoais suas e de sua família”. Essa referência à família só se pode entender como a pessoas ligadas a pessoa física. Pessoas jurídicas não têm família. Porém dai não se conclua que só pessoas físicas possam ser usuárias. Argumentos que, noutras épocas, poderiam pesar, hoje seriam fragílimos, dada a quase completa equiparação das pessoas jurídicas às pessoas físicas. Nada obsta a que se dê em uso alguma máquina, prédio ou rio a alguma pessoa jurídica.

Convém advertir-se em que é uso pela entidade estatal ou não-estatal (União, Estado-membro, Distrito Federal, Município, pessoa de direito público estatal, paraestatal, de economia mista, ou pessoa de direito privado) o uso em funções que são as suas, *e. g.,* o uso do prédio pela pessoa jurídica para escola, hospital ou praça de esportes. t permitido o direito real de uso sabre bem que se destine a uso público: usuária é, aí, a pessoa jurídica estatal; como o próprio direito de uso sobre bem que se destine ao uso pelo povo: usuário, então. é o povo. A distinção entre bem de uso público e bem de uso comum do povo é assaz relevante (cf. Código Civil, arts. 66, 1, II, III, e 68; cf. Tomo II, § 150). Se o bem é de uso comum do povo em virtude de direito real limitado, o uso é meu é do povo, não o domínio. A nua propriedade é transferível e pode perder-se, inclusive por usucapião; o que é comum ao povo é o uso. Se o bem é de uso público em virtude de direito real limitado, o uso é que é do Estado, não o domínio. Bem público *stricto senau* é, aí, somente o uso.

Ainda se há de considerar que o uso atribuído ao Estado (União, Estado-membro, Distrito Federal, Município) pode não ser bem público, mas bem do patrimônio privado do Estado, dito, no art. 66, III, do Código Civil, bem dominical.

Assim, se alguém dá em uso ao Estado algum bem (rio particular, estrada, máquina, caminhão, trator, instrumento científico), primeiramente se há de indagar se o uso foi, verdadeiramente, outorgado ao Estado, ou ao povo. Depois, afirmando que se deu o uso ao Estado, e não ao povo, se há de inquirir se o uso foi para funções só públicas, ou para funções privadas. Então, o uso entra na classe dos bens públicos *atricto aensu,* ou na classe dos bens chamados dominicais, regendo as espécies, respectivamente, o art. 66, II, ou o art. 66, EI, do Código Civil.

Na doutrina contemporânea não se podem pré-excluir da legitimação à habitação as pessoas jurídicas. Porém é preciso que se trate de lugar para habita$o de seus órgãos ou de seus técnicos- ou empregados. Não

se pode pensar em direito de habitação se outorgou direito de sediar negócios, ou montar maquinarias, ou de utilizar sem ser como habitação *(J.* ]3IERMANN, *Sachenreckt,* 407; W. TURNAIJ-K. FÔBSTER, *Dos Lieysnschaftsrecht,* 1, 3ª ed., 632).

3.CO-TITULARIDADE NO DIREITO REAL DE USO. O direito romano considerava indivisível o direito de uso, à diferença do que ocorria com o usufruto. Na L. 19, D., *de uau et habitatione,* 7, 8, é de PAULO: "Usus pars legari non potest: nam frui quldem pro parte possumus, uti pro parte non possumus". Não se pode legar parte do uso: pois podemos fruir por parte, usar por parte não podemos. O que se vedava era a comunhão do uso, aliás do seu exercício, porque, na L. 10, § 1, D., *comrnuni dividundo,* 10, 3, com certa deficiência informativa, o próprio PAULO diz: "Si usus tantum noster sit, qui neque „venire neque locari potest, quemadmodum divisio potest fieri in communi dividundo uudicio, videamus. sed praetor interveniet et rem emendabit, ut, si iudex alteri usum adiudicaverit, non videatur alter qui mercedem accipit non uti, cuasi plus faciat qui videtur frui, quia hoc propter necessitatem fit". Se nosso somente fora o uso, que não pode ser vendido, nem locado, vejamos como se pode fazer a divisão no juízo divisório. O Pretor interveio e emendou isso (et rem emendabit), para que, se o juiz adjudicou a um o uso, não pareça que o outro, que algo recebeu em pago, não usa, como se fizesse mais o que parece que desfruta, porque isso ocorre por necessidade.

O art. 740 do Código Civil prevê a extinção do usufruto no tocante à parte de cada co-usufrutuário, salvo estipulação em contrário. É de discutir-se se Esse art. 740 incide em matéria de uso. A resposta é afirmativa, mas há o limite imposto à fruição pelas necessidades pessoais do usuário, "conforme a sua condição social e o lugar onde viver" (art. 743). Portanto, a expansão depende de não ser *inútil* o que sobreviria ao usuário como frutos. Quem constitui uso a favor de A, B e O não espera que morrendo -A B e C usem a parte de A; mas podem incluir no ato constitutivo cláusula a respeito. Se tal cláusula foi incluída, a morte de A deixa livre a 13 e C o uso de toda a coisa. Todavia, quanto aos frutos-uso, B e O não passam a ser legitimados a percepção de mais do que é necessário a eles e às respectivas famílias. Isso importa em dizer-se que, se já lhes bastava o que percebiam em suas partes, não podem ir além do que necessitam. § 2.359- Intransmissibilidade do uso e do exercício

1.USO E DIREITO DE USAR. Como o usufruto, o uso e a habitação são intransferíveis, a causa de morte e entre vivos. A respeito do uso e da

habitação, dá-se mais: o fato de usar ou de habitar não pode ser objeto de qualquer direito real ou pessoal. Daí não ser cedivel o exercício do uso ou da habitação, ao passo que o é o exercício do usufruto (Código Civil, art. 717, 2ª parte) ; nem pode locar o bem gravado o usuário ou o habitador. Os próprios membros da família a que se referem os arts. 742 e 746, se usam, só usam co ± . -

membros da família do usuário ou do habitador, e não como titulares do direito real limitado: morto o usuário, ou o habitador, extingue-se o uso, ou a habitação; e não há pensar-se na permanência do uso pelos membros da família.

A ligação do direito real de uso à pessoa do usuário não permite que, invocando-se, hoje, a L. 12, § 2, O., *de usu et li-aUtatione,* 7, 8, que repelia a interpretação estrita da vontade do testador a respeito de extensão pessoal do uso, se considere cessivel o exercício do uso. O art. 742 do Código Civil circunscreveu a fruição ao usuário e sua "família": "O usuário fruirá a utilidade da coisa dada em uso, quando o exigirem as necessidades pessoais suas e de sua família". No texto, o "fruirá" ou estaria no sentido de gozar, ou o legislador pensava, no momento, em determinar quais os frutos que entram no conceito de uso. O art. 742 só se refere à fruição-uso.

A vedação de se alienar o uso tem razão mais profunda do que a de se alienar o usufruto. Por isso o usufrutuário pode ceder o exercício, e o usuário ou o habitador, não. E pode o usufrutuário alugar a coisa gravada, ou algum bem que conste do usufruto, e o usuário, ou o habitador, não.

Quanto ao uso, os juristas romanos foram explícitos. PAULO, na L. 10, § 1, D., *com-muni dividundo,* 10, 8, d~

que o uso "neque venire neque locari potest"; GAIO, na L. 11, O., *de nau eL habitatione,* 7, 8, insiste: "Inque eo fundo hactenus ei morari licet, ut neque domino fundi molestus sit, neque his, por quos opera rustica fiunt, impedimento sit: nec ulli alii ius quod habet aut vendere aut locare aut gratis concedere potest". É-lhe licito morar no fundo enquanto não seja molesto ao dono do fundo, nem seja empecilho àqueles que fazem as obras dos campos: nem pode vender, nem locar, nem conceder gratuita-mente a quem quer que seja o direito que tem.

2.DIREITOS PESSOAIS. Já vimos que o usuário pode usar *sozinho* e *com outrem.* Se ele com outrem usa, Ole, e não outrem, usa. A despeito de pluralidade de pessoas, só um uso há, que é o uso pelo próprio

usuário.

De modo que, no tocante às outras pessoas, é preciso que, usando elas o bem gravado, seja em verdade o usuário que usa. Isso só é concebível se as personalidades das outras pessoas desaparecem devido a laço estreito, se não intimo, entre o usuário e ela. É o caso do cônjuge. É o caso dos filhos. Mas é, também, o dos domésticos e de outras pessoas que se *utilizam,* digamos assim, do uso pelo usuário. Ao falar-se de cônjuge, nem sequer se exige que haja laço jurídico: a companheira, ou companheiro, que usa, se o uso por aquela, ou por Esse, é uso pelo usuário, não faz seu o uso, nem, sequer, a posse do bem gravado. Chega-se, assim, ao *purwtum doliens:* a relação possessória, que é fática.

Se alguém usa o bem gravado de uso como se o estivesse usando o próprio usuário, também só o possui como se fosse o usuário que o possuísse. Mas ai está, ressaltante, a definição mesma de *servidor da posse.* -

Se alguém, que estaria servindo à posse do usuário, se faz possuidor, já não está a usar como se fosse o usuário que usasse. Passou a possuir. Ou a *mutatio causae detentionia* foi por ato próprio, ou o usuário mesmo ou terceiro lhe deu posse. Se foi o usuário quem lha deu, infringiu dever, porque se excedeu no exercício, dispondo de posse e de uso que haviam de ser só seus. Assim, o usuário não pode criar direitos pessoais ao uso, nem estabelecer relações jurídicas pessoais que tenham por objeto o uso. *Á fortiori,* relações jurídicas reais. O uso é ingravável.

Tudo que acima se disse resulta do princípio da intransferibilidade do exercício do uso.

Quanto aos frutos já expusemos o que se há de tirar dos arts. 742 e 744. O art. 742 diz: “O usuário fruirá a utilidade da coisa dada em uso, quando o exigirem as necessidades pessoais suas e de sua família”.

## CAPITULO II

## OBJETO DO USO

### § 2.360. Uso e objeto do uso

1.BENS SINGULARES E BENS COLETIVOS. A respeito do usufruto, há o art. 714 do Código Civil que o permite sobre bens, móveis ou imóveis, e sobre patrimônio. O art. 745 faz incidiveis, quanto ao uso, no que não fOr contrário à sua natureza, as regras jurídicas relativas ao usufruto. Há, portanto, o problema de se saber se o art. 714 é, ou não, contrário à natureza do uso, no que se refere a patrimônios, no todo ou em parte.

A resposta há de ser afirmativa. Algumas hesitações que se notam em doutrinas estrangeiras, não raro devido ao teor obsoleto dos textos, no sistema jurídico brasileiro não têm cabimento. Os arts. 54-57 do Código Civil versaram o assunto dos bens coletivos e dos patrimônios, pondo alicerce firme às construções jurídicas. Não se há de postular, sequer, que, recaindo em patrimônio o uso, em verdade haveria tantos direitos reais de uso quanto os elementos componentes. Há o vinculo unitário. Se, a respeito de alguns bens, *e.* g., bens imóveis, se teria de proceder à inscrição, essa exigência não tem outro efeito, protelatório, que aquele que tem em se tratando de aquisição de patrimônio. Aliás, entre constituinte e usuário, a relação unitária de uso estabelece-se desde logo.

O que dissemos a propósito do usufruto sobre patrimônio (§§ 2.301, 2.802, 2.305-2.309) é invocável no tocante ao uso de patrimônio, *mutatia mutandis.*

2.ALIENABILIDADE DO OBJETO E GRAVABILIDADE. O objeto do uso há de ser alienável. Bens inalienáveis são bens ingraváveis, salvo se, tratando-se de bens públicos dominicais (Código Civil, art. 66, III), a lei especial permite a constituibilidade do uso (art. 67). O uso comum dos bens públicos pode ser restituído (cp. art. 68>. Quanto aos chamados bens públicos de uso comum, cumpre não se conturbar o sistema, com desatenção à ambigüidade que há nos dizeres do art. 66, 1. Ou o bem é de uso comum, porque é de todos, do povo; ou é bem do Estado que se destinou ao uso comum. Se trata de mares, rios, estradas, ruas e praças, não é *ad* o uso que é comum, comum, isto é, do povo, é o próprio bem. O Estado vela por eles; não é o titular do direito. Se o bem pertence ao Estado e êsse o destina ao uso comum de todos, o uso é, aí, exercício de direito público, e não de direito privado.

A respeito dos bens do art. 66, III, não há dúvida quanto a poder o Estado constituir uso a favor de entidade de direito público ou de direito privado (cf. Tomo II, § 151>. A propósito dos bens referidos no art. 66, II, nada obsta a que a entidade pública. (União, Estado-

membro, Distrito Federal, Município), que é titular do direito sobre eles, constitua uso, sujeitando-o às regras jurídicas dos arts. 742-745 do Código Civil, com ou sem alterações de origem legislativa. Se o Estado pode mudar o uso especial (art. 66, II), é questão que se tem de resolver no plano do direito público, como questão prévia.

A gravabilidade dos bens inalienáveis depende de *lez apeciaLis.*

3.OBJETOS E PATRIMÔNIOS. É intuitivo que o objeto do uso tem de ser suscetível de uso direto, sem que se haja de exigir ser estritamente econômica a utilidade <pode ser objeto de direito real limitado a jóia, a biblioteca ou o bem de mero deleite).

À empresa e o patrimônio são tipicamente bens usufrutaves porém não se compreenderia que só se usasse a empresa ou o patrimônio, de modo que os frutos fossem percebidos segundo os arts. 742-744 do Código Civil.

Se restringiu, a tal ponto, o direito aos frutos, tem-se de qualificar o direito como uso, e não como usufruto.

A *obra intelectual* pode ser objeto de uso, como bem corpóreo. Como bem incorpóreo, pode ser objeto de uso o *direito autoral de reprodução,* se gratuitamente. A exceção quanto à peça teatral, que G. VENVZIAN

apontava, como explorável pelo ator que a representasse, não é de admitir-se, porque seria fruir, e não usar. Só a imposição de gratuidade poderia permitir que se cogitasse de uso. A própria exploração da patente de invenção pelo industrial não é uso, mas fruição, salvo se não atua como elemento decisivo do valor dos produtos (cf. Tomo XVII, §§ 1.871, 1, 1.894, 1.945, 1.946, 1.974, 4, 1.979, 2, e 1.998, 3).

Usar floresta, ou mina, não é usufruir floresta, ou mina (Código Civil, art. 725>. Se só se usa, a fruição tem de se circunscrever, para que uso seja, ao que se estatui nos arts. 742-744.Na L. 22, pr., D., *de uau et habjiatione,* 7, 8 (POMPÔNÃO), diz-se: “Divus Hadrianus, cum quibusdam usus silvae legatus esset, statuit fructum quoque eis legatum videri, quis nisi liceret legatariis casdere silvam et vendere, quemadmodum usufructuari is licet, nihil habituri essent ex e o legato”. Havendo legados de uso de selva, determinou o imperador que também se considera legado o fruto, porque, se não fossem lícitos aos legatários cortes nas selvas para venda, como é permitido aos usufrutuários, nada teriam fosse legado. O texto foi discutido pelos

juristas, lendo-o alguns a) como se dilatasse o conteúdo do uso; outros *b),* Acessório à frente, como se houvesse, aí, regra jurídica para o caso de ser longe o bosque, mas sem se permitir mais do que o que seria necessário ao usuário e aos seus (Código Civil, arte. 742-744). A interpretação que damos é diferente de a), que é a de CHE. Fa GLtJcK *(Áuafiihrliche Erlãuterung der Pandecten,* IX, 443, e de *b):* se bem que sem rigor técnico, o imperador fêz regra jurídica de interpretação. Poder-se-lhe-ia dar a seguinte redação, com a qual a regra jurídica seria compatível com os sistemas jurídicos contemporâneos: se o legado de uso recai em bem cujo uso seria impossível, tem-se como legado usufruto.

§ 2.361. Extensão do uso por incremento do objeto

1. ACESSÕES E PERTENÇAS. O uso estende-se a todas as acessões do bem gravado (e. g., formação de ilha, aluvião, avulsão, abandono de álveo, construção de obras e plantações, conforme o art. 586 do Código Civil); se a coisa móvel cresce, o uso cresce. A união de terrenos por ato do usuário ou do dono do terreno usado, ou por meio de processo e despacho administrativo, não tem o efeito de estender o uso.

O sistema jurídico brasileiro não recebeu a distinção constante da L. 9, § 4, D., *de uau fruam et quemadnwdum guia utatur Ir-gatur,* 7, 1 (§ 2.257, 2).

O art. 787, alínea 1.B, do Código Civil é invocável a propósito de uso (art. 745).

A acessão de plantação somente aproveita se o incremente cabe no que é reputado fruto elemento do uso.

Se o uso é por parte divisa, a acessão que estende o uso é somente a acessão que se aumenta à parte divisa gravada, não a que apenas se une a outra parte.

Se as obras foram feitas por terceiro, possuidor, regem-se pelos arts.. 516 e 517, ou segundo a relação jurídica existente entre o usufrutuário e o terceiro possuidor.

Quanto às reparações e obras, incide o art. 734 (art. 745), conforme expusemos no § 2.257, 2 e 5.

2. PERTENÇAS. O que se disse sobre usufruto e pertenças tem, a respeito do uso, invocabilidade (§ 2.257, 3).

3. INDENIZAÇÕES. Se houve indenização pela aquisição do incremento, a acessão opera-se e tudo se passa como dissemos no § 2.257, 4.

4.Smtvmlo E OUTROS DIREITOS. O que foi exposto no § 2.257, 7, tem cabimento, *mutatis mutandis,* a respeito do uso.

5 2.362. Dividas do constituinte do uso

1. USO SOBRE BEM SINGULAR. Se o ato de constituição do uso é ofensivo aos direitos dos credores, pode ser anulado por fraude contra credores (Código Civil, arts. 106-113>, ou, se sujeito a falência o constituinte, ser declarado *ineficaz* em relação aos credores (Decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945, art. 52), ou falencialmente revogado (Decreto-lei n. 7.661, art. 58), ou excluido o direito (Decreto-lei n. 7.661, art. 99).

2. USO SOBRE PATRIMÔNIO. As dívidas do constituinte de uso sobre patrimônio Um de ser pagas pelo patrimônio livre ou pelo patrimônio gravado. § 2-363. Uso e comunhão

1. COMUNHÃO DE USO. Ou o que está em comum é o uso, direito real, de modo que ou a) há dois ou mais titulares do direito de uso (co-usuários), ou 1>) o fato do uso (composse de uso), ou a) o uso pelo proprietário ou pelo possuidor *pro*"*prio nomine* e pelo usuário. Só na primeira espécie há co-uso, no sentido de pluralidade de titulares do direito real. Pode ocorrer, porém, outra espécie, *d)* o uso somente recair sobre parte da coisa e haver dois usos, divisamente.

Os princípios concernentes ao condomínio são invocáveis quanto à espécie a). Os da composse, quanto à espécie i». Aquiles e esses, quanto à espécie e). Os da comunhão pro *diviso,* quanto à espécie *d*>. Sobre isso, 5

2.259, 2.

2.COMUNHÃO ENTRE USUÁRIO E PROPRIETÁRIO. A comunhão

entre usuário e proprietário não é co-uso, mas rege-se pelos princípios concernentes ao co-uso. Sobre isso, é de lembrar-se o que se escreveu no 5

2.259, 2. Tal comunhão pode resultar a) da constituição do uso sobre parte indivisa, não estando as outras, ou algumas, ou alguma, em uso, ou 14 da constituição de uso sobre parte indivisa pertencente a condômino, ou e> da alienação do domínio, com dedução de uso, quanto a parte indivisa do bem, ou da alienação de parte indivisa, com dedução de uso.

A propósito, convém observar: se o condômino dá em uso a própria quota, a administração não lhe fica; e o usuário de quota não pode pedir a divisão do bem.

3.DIVISIBILIDADE DO USO. É de PAULO <1. 19, D., *de uau et habitatione,* 7, 8) que o uso da parte não se pode legar: podemos fruir parte, não usar parte (Usus pars legari non potest: nam frui quidem pro parte possumus, uti pro parte non possumus). Dai se tirou o dogma da indivisibilidade do uso: nEo se podia atribuir a alguém quota no uso; nem se extinguiria parcialmente; com o corolário de ser indivisível a obrigação de constituir uso (cf. Orno SEGaI, *Le Obbligazioni diviaibili e iradivisibili,* 64 s.). A co-titularidade seria *in soEi-dum,* e não em comunhão.

Menos os juristas romanos que os expositores foram responsáveis por se ler a L. 19 como se firmasse o principio da índivisibilidade do uso, direito real limitado. Já demos à L. 19 a interpretação que se há de dar (Tomo XII, § 1.281, 2), a propósito do art. 633 do Código Civil. Invocamos a L. 5, § 15, D., *commodati vez contra,* 13, 6, que, na passagem que nos interessa, não é interpolada (sem razão, KzitR WrLTE, *Studies in Roman Luzo,* 292), pôsto que seja de admitir-se ter havido mutilação (FR. EISELE, Correalitãt und Solidaritãt, *Árchiv flir die civilistische Praxis,* 77, 436 s.).

Houve evolução do pensamento que se continha na L. 19.

O próprio PAULO, na L. 10, § 1, D., *cammuni dividundo,* 10, 3, advertiu: “Se somente nosso é o uso, que não pode ser vendido, nem dado em locação, vejamos como pode ser feita a divisão no juízo *cammuni divWundo.*

Mas intervirá o Pretor, e emendará a solução (rem emendabit), para que, se o juiz houver adjudicado a um o uso, não pareça que o outro, que algo recebeu em pagamento, não usa, como se mais fizesse o que

parece que disfruta, porque isso se fêz por necessidade". É evidente que havia co-usuários e apenas não se estabelecera comunhão *ioro divisa.* PAULO refere o que incumbia ao Pretor, porém não chegou a dizer até onde o Pretor poderia ir. O expediente que aponta o texto provavelmente foi truncado consistia em adjudicar-se todo o uso a um dos usuários e dar-se a outro valor, para ser usado (cf. TREODOR PRAUN, *Queflenmi.tssige Darstellung der Servitut des Uns,* 32).

Hoje, não devemos estacar diante do pretenso dogma: o uso pode ser *pra parte* e, se, por exemplo, se regula pelo tempo, *pra quota.*

É preciso termos em vista que o Código Civil não se ateve à L. 19, em sua interpretação repelida, nem há qualquer alusão à indivisibilidade, quer no tocante ao usufruto, quer no tocante ao uso ou à habitação.

Dizer-se que o usufruto é divisível e o uso não no é desatende a que o *fructus* fâcilmente se divide e o usufruto não é só *fructus:* o *uns,* que há no usufruto, também seria indivisível.

O bem usado é que pode ser de uso indivisível (questão de fato), como se dá, geralmente, com as máquinas.

Ainda assim, é raro não poder ser dividido, temporalmente, o uso.

A matéria da indivisibilidade foi por muito tempo sacrificada exatamente por falsas noções de comunhão *pra indiviso* e de comunhão *pra divisa,* ou de composse. Temos de resolver os problemas atendendo a que a *divisão* pode ser no tocante ao bem (propriedade em comunhão pra *divisa,* como se dá com os edifícios de apartamentos), ou somente ao uso, ou ao exercício. Nada obsta a que se estabeleça direito real de uso sobre parte divisa ou parte comum do prédio. A construção, atendendo aos princípios que temos exposto, é de grande interesse e préstimo (cf. Tomos II, § 138, 5, IV, § 430, 8, X, §§ 1.074, 2, 1.121, XI, § 1.172, 3, XII, §§ 1.297, 6, 1.303-1.324, e XVIII, § 2.142, 2).

A *pretensão* e a *ação de regulação de exercido,* como pôde concebê-las a ciência de hoje, pode resolver, satisfatoriamente, problemas que outrora atormentavam os juristas. Onde há dificuldades no exercício do uso, ainda pela indivisibilidade do bem gravado, mas a distribuição dele pode ser feita, quanto à posse, ou quanto ao tempo, ou quanto à qualidade dos usos, têm os interessados pretensão e ação de regulação. O juiz, conhecendo do pedido, com as alegações e provas, julga como lhe pareça mais cômodo para todos, atendendo a que não pode ser mudada a destinação econômica, estética ou histórica do bem

gravado.

Dois exemplos melhor o explicam.

a) O uso recai em adereço de diamantes e esmeraldas, que perderia do valor de uso se cada jóia fosse a um dos co-usuários. A decisão que permita o uso, nos meses de janeiro a março, a A, nos de abril a junho, a B, nos de julho a setembro, a O, e nos de outubro a dezembro, a D, é justa, se com isso algum deles não foi prejudicado.

Se o seria, pode-se preferir que se prefixem as datas de cada um, ou se determine que cada interessado avisará, com antecedência de um mês, quando precisa usá-lo, tendo cada um direito a x vêzes de uso.

b) A máquina pode trabalhar seis horas por dia. Permite-se o uso a A, por duas horas; a B, por outras duas; a C, por outras duas. Ou a A, por duas horas; e a 8 e C, conjunta-mente, por quatro horas.

Também é possível que a máquina seja usada por A, no verto, em Petrópolis ou Teresópolis, e por E e C, no restante do ano, no Rio de Janeiro.

O uso de animal reprodutor pode ser proveitosamente regulado, conforme as circunstâncias, amigável ou judicialmente.

CAPITULO III

CONSTITUIÇÃO DO USO

§ 2.364. Técnica legislativa

1.TÉCNICA DA CONSTITUIÇÃO DO USO. Também, a respeito do uso, houve evolução técnica correspondente à que se operou no tocante ao domínio. O uso resulta de ato do homem. Não há, no sistema jurídico brasileiro, *uso legal,* posto que pudesse haver, *de lega ferenda*

2.INTRANSMISSIBILIDADE. O uso, como o usufruto e a habitação, 6, no sistema jurídico brasileiro, intransmissível. Não pode, além disso, ser gravado, ou penhorado. Os frutos, em porção mínima, que entram no

*«sua,* não são penhoráveis, como seriam os do bem usufruído. Desprendidos, sem ser para imediato consumo, sim.

3.NÃO HÁ CONTRIBUIÇÃO “EX LUAR DE USO. Não há exemplo de constituição *ex lega* de uso ou de habitação, como há de usufruto. Assim, a regra jurídica do art. 745, que diz incidirem em matéria de uso as regras jurídicas sobre usufruto, sofre exceção no tocante » constituição *ex lega.* O legislador poderia criar uso *ex lega* ou habitação *ex lega,* porém não o criou. Os direitos de vizinhança são *direitos limitol%oa,* e *não direitos restringentes* (direitos reais limitados).

4.NÃO USUCAPIDO DE USO. O uso não pode ser usucapido. Passa-se o mesmo com o usufruto e a habitação. § 2.365. Constituído do uso entre vivo.

1.NASCIMENTO DO USO. O uso só existe como direito real desde que se constitui; mas, se sobre imóveis, ou outro bem que exija registro, desde a inscrição, salvo incidência do art. 1.572 do Código Civil (cf. arts. 745, 715, 615 e 856, III).

Pode dar-se sub-rogação, como se se converte em uso de imóvel o uso de bem móvel, ou vice-versa.

Se quem constituiu o uso foi pessoa que não era proprietário, há ineficácia em relação ao dono. Se o *non dominus,* outorgante, vem a adquirir a propriedade, dá-se a pós-eficacização. A boa fé é sem relevância, pois que não há usucapião do uso. Pode ser relevante para aquisição em virtude dos princípios concernentes aos títulos ao portador e aos títulos cambiários e cambiariformes; mas isso nada tem com o instituto da usucapião.

2.NEGÓCIO JURÍDICO BÁSICO E ACORDO DE CONSTITUIÇÃO. Na constituição negocial de uso há, de regra, o *negócio jurídico básico* e o *acordo de constituição.* Aquele é bilateral, ou unilateral. Como a respeito do usufruto, pode-se pensar em títulos sorteáveis que dêem aos vencedores uso de bens. A causa de morte, pode instituir-se herança ou legado de uso.

Na reserva de uso, “ressalva-se”, ao alienar-se o domínio, ou a enfiteuse, o uso.

3.FIGURANTES DA CONSTITUIÇÃO DE USO. No *acordo de constituição* de uso, direito real limitado, há o constituinte e o usuário. Constituinte é o proprietário, ou o enfiteuta, não o usufrutuário.

Constituído o uso, ao usufrutuário somente ficaria o *fructus*.

Se o prédio é enfitêutico, não pode o senhorio constituir uso. Se o prédio é sujeito a usufruto, o usufrutuário não pode constituir uso, porque seria *ceder* parte do usufruto.

4.USABILIDADE E DIREITOS REAIS LIMITADOS. Já dissemos que podem coexistir com diferentes conteúdos, no mesmo bem, uso e usufruto (§ 2.261, 4). Também com a habitação pode coexistir o uso: êsse usuário usa e não habita.

Se constituído depois de qualquer direito real de garantia, o uso não é disponível aos credores.

5.AQUISIÇÃO DO USO "A NON DOMINO". Os princípios são os mesmos expostos no § 2.261, 5, a propósito do usufruto.

6. FALTA DE PODER DE CONSTITUIÇÃO. A constituição sem poder de representação é ineficaz; todavia, a respeito de uso de bem imóvel, pode incidir, por analogia, o art. 580, 1, do Código Civil (§ 2.261, 6).

7. NEGÓCIO JURÍDICO ENTRE vivos. Se o uso recai sobre imóveis e o valor excede a taxa legal, é exigida a escritura pública (Código Civil, art. 134, II; Lei n. 1.768, de 18 de dezembro de 1952). Tratando-se de uso sobre imóvel, há de haver o *acordo de constituição* e a *inectão*. Tratando-se de uso sobre móvel, tudo se passa como dissemos no § 2.261, 7, inclusive quanto à transmissão da posse.

Na alienação com detração de uso, quem constitui é o alienante, e não o outorgante.

O acordo de constituição é negócio jurídico abstrato. O negócio jurídico básico pode não existir. É possível ser nulo ou anulável, mas válido o acordo de constituição, posto que se possa fazer dependente da validade do negócio jurídico básico o acordo.

Tem-se de atender às diferenças entre o direito que rege os bens móveis em gera", o que rege os títulos ao portador, ou os títulos cambiários e cambiariformes, ou a propriedade intelectual ou industrial.

§ 2.866. Constituição por testamento e para a sucesso legítima

1. DEIXA HEREDITÁRIA DE USO. Na partilha da herança, pode o testador deduzir uso para algum dos herdeiros (Código Civil, art. 1.776), como parte da herança ou herança. Rege, então, o art. 1.572.

2. LEGADO. Se o uso não foi elemento para a partilha *da herança,* trata-se de legado.

§ 2.367. Constituição judicial de uso

1. PREMISSAS. A separação do domínio e do uso écisão por meio de *restrição* ao conteúdo, portanto só se passa no plano do exercício do domínio (§ 2.264). Pode ser que ao juiz caiba, pelas circunstâncias, constituir uso, para partilhar, dividir ou executar forçosamente. Na partilha, há de ser observado o art. 1.775. Tudo se passa como a respeito do usufruto.

2.PROMESSA DE CONSTITUIÇÃO DE USO. Quando se prometeu constituir uso e o juiz o constitui, em ação executiva do art. 1.006, § 2.0, do Código de Processo Civil, há execução de promessa de constituir, e *não* constituição por vontade do CÂPtruLo IVjuiz. O juiz condena e executa. A citação feita na ação pode ser inscrita (Decreto n. 4.857,

USO E LIGação DO DIREITO À PESSOA de 9 de novembro de 1939, art. 178, a), VII). Veja § 2.264, 8.§

2.368. Intransferibilldade e incessibilidade de elementos

1.USUFRUTO E USO. A ligação do uso à pessoa é mais profunda e intensa que a estabelecida em relação ao usufruto. Não se pode transferir usufruto, nem uso, nem habitação; mas pode-se ceder o exercício, alugar ou emprestar o bem usufruído, o que se não permite quanto ao uso e à habitação.

As fontes romanas frisam a diferença entre usar e fruir (L. 2, pr., D., *de* temi *et habitatioste,* 7, 8: “Cul usus relictus est, uti potest, frui non potest”; L. 14, § 1: “usui fructus deest”, 7, 8; L. 13, § 3, D., *de acceptilatione,* 46, 4: “cum possit usus sine fructu constitui”). O que importa ao sistema jurídico, para a caracterização do instituto do uso, direito real limitado, é que não se possa dar o uso para outrem, nem se vá além do que é necessário ao usuário e à família, quanto aos

frutos. No Código Civil, arts.. 742-744, a questão dos frutos-uso, isto é, dos frutos que se reputam elementos do uso (= do fruir que ainda é usar), pareceu tão importante ao legislador que ele nada disse sobre o uso em si e somente cogitou desses frutos e da remissão às regras jurídicas do usufruto, aplicáveis ao uso (art. 745). E êsse é um ponto de toda relevância: os arts. 742—744 só se referem aos frutos-uso, e não ao uso.

O usuário não pode pretender frutos civis, nem tirar dos frutos proveito, salvo se os frutos, de que se trata, entram na classe que os arts. 742-744 *definem.* Quanto a esses frutos,e *frui* é *uti:* tem o usuário, ainda em relação a esses frutos, *jus utend4,* e não *jus fruendi.* ir

Com essa concepção, o Código Civil manteve o uso sem o reduzir a servidão, nem a simples usufruto diminuído ou cortado. Acertadamente, porque a atitude do legislador alemão, desde as tentativas iniciais de codificação, é reprovável.

2.INCONSTITUIBILIDADE DE DIREITOS REAIS E PESSOAIS PELO USUÁRIO. O usuário não pode alugar, nem dar em comodato o bem, nem ceder o exercício do uso. No usufruto, o uso é elemento componente da utilidade do bem; no uso, não: o uso é determinada utilidade, que se liga a alguém.

É certo que, no tocante àqueles frutos de que se fala nos arts. 742-744 do Código Civil, o usuário adquire a propriedade (sem razão, A. BECHMANN, *tjber den Inhalt und Urnfang der Personalservitut des* Usus *nach rómischem Recht,*

§ 2.369. Situação jurídica dos que, com o usuário, usam

1. USO E DESTINação. Se o uso é constituído, a favor, por exemplo, de alguém que tem clínica médica, ou veterinária, sendo evidente a destinação do bem gravado, pode usá-lo o titular do direito de uso, quer habitando, com ou sem os seus dependentes, no edifício, e atendendo, porém não internando os seus clientes, porque seria alugar e, pois, fruir, quer apenas atendendo aos seus clientes.

Já frisamos que os arts. 742-744 só se referem aos frutos-uso, e não ao uso em si.

Se o usuário tem pessoas, estranhas às linhas parentais, que dele são

dependentes, como o afilhado, ou a criança que está criando, ou o amigo que o acompanha durante enfermidades, ou passeios, tem-se como por ele usado o bem, ainda que, faticámente, do bem usem essas pessoas estranhas. O usuário da casa de caça pode hospedar companheiros de caçada. O usuário do campo de futebol ou da quadra de tênis pode aí jogar, com as outras pessoas e permitir a assistência ao público, ou a convidados, ou a determinadas pessoas. Não pode alugar o campo nem a quadra de tênis. Nem cobrar entrada. Nem exigir dos outros jogadores pagamento pelo uso. O

único problema que surge é no tocante à exigência de concorrer com as despesas ordinárias de conservação (art.

733, 1) e os encargos reais

(art. 733, II). A solução tem de ser no sentido de se permitir a assunção de tais dividas, *desde que não haja* lucro para o usuário. No que concerne às despesas extraordinárias, que resultem de culpa dos jogadores, nada impede que se explicite a responsabilidade dos que causarem o dano. Ou a assunção por um deles.

O empréstimo gratuito para festa de caridade, exposição, ou outra utilidade, não infringe o principio da ligação do uso à pessoa. Tratam-se os que se aproveitam do empréstimo como hóspedes. A obrigação de concorrer com o necessário para a limpeza após a utilização, ou para alguma reparação, não cria frutos civis. O excesso, sim, é fruto civil.

2. USO E POSSE POR OUTREM. Ninguém deixa de ser possuidor por estar sujeito a direito real de uso o bem possuído, mediata ou imediatamente, seja própria ou imprópria a posse. Porém quem tem poder fático sobre o bem gravado atribuindo-o a transmissão pelo usuário, *como usuário,* não tem posse: apenas é servidor da posse do usuário. Só se pode considerar possuidor quando ao poder fático dê outra fonte, ou natureza: se tal atribuição de outra fonte, ou natureza foi posterior àatitude, que tinha, reconhecendo ser usuário o transmitente, há *mutatio causas possessionis* (cf. Tomo X, §§ 1.065, 2, 1.091, 1, e 1.113).

Se quem não é dono, nem enfiteuta, nem se diz possuidor por transmissão da posse pelo usuário, exerce poder fático sobre a coisa, quer em lugar de dono, quer em lugar de enfiteuta, quer em lugar de usuário, pode ser protegido em sua posse, porque pode possuir. Nada tem a sua posse com o domínio, a enfiteuse, ou o uso, que existe,

*juridicamente,* quanto à coisa. Tal posse é protegível, como as demais. Para se afastar essa posse, ou se estabelece a situação apontada no Código Civil, art. 507, ou a reintegração da posse (art. 506), ou sobrevêm a vindicação pelo proprietário, pelo enfiteuta ou pelo usuário. Toda essa matéria foi tratada no Tomo X.

Cumpre ainda advertir-se em que qualquer dos titulares de direitos reais de que se falou pode exercer posse própria, ou imprópria, por outra *causa possessionis,* como se quem constituiu o uso a favor de A é réu em ação de quem se disse usucapiente do bem gravado C, pessoa de quem A herdou. Pode acontecer que A, a que foi outorgado uso por B, também haja sido contemplado como legatário de uso por C e se considere com posse de usufrutuário em virtude da constituição por B.

## CAPITULO V

## CONTEÚDO DO USO § 2.370. Posse e uso

1.USO E EXTENSÃO no uso. O direito de uso é o de utilizar-se da coisa, sem tirar frutos civis, ou frutos naturais, que excedam àqueles que se consideram elementos do uso. Direito real, com a exclusividade, ou não, do uso.

O usuário pode utilizar o bem, ainda casa, como entenda, desde que seja Me ou sejam Me e seus dependentes os que usam. Somente há de respeitar a destinação econômica, estética e histórica do bem. O habitador somente pode "habitar" a casa, ou só, ou com os seus. Não pode utilizá-la de outro modo. [Dissemos :"ele e seus dependentes", "só, ou com os seus". Duas observações vêm a pêlo: a) a dependência é em relação ao uso e não ao direito de família, de jeito que o usuário, filho menor, usa em companhia dos pais, que nesse ponto dependem dele; b) a posse do titular do pátrio poder é como representante do menor, se êsse é o usuário, portanto possuidor como usuário é o menor, e não o titular do pátrio poder.]

2.PODERES DO USUÁRIO. (a) O usuário pode ter posse do bem e usá-lo. Tem direito a isso. A ação para haver a posse é a de imissão de posse, à semelhança da que têm o adquirente do domínio e o usufrutuário. Se o outorgante somente tinha ação para haver a posse, é essa que se permite ao usuário (cf. § 2.271, 1).

A posse tem de ser posse *imediata.* Se a coisa está alugada, depositada,

ou penhorada, ou empenhada, a posse do usuário só se inicia com a cessação da locação, ou do depósito, ou da penhora, ou do penhor, tendo o usuário a *pretentido entrega* quando findar qualquer daquelas situações jurídicas.

Não se deve construir a espécie como de tradição da posse mediata e cessão da pretensão à entrega, o que só se ajusta à figura do usufruto. Se o uso é de parte, há composse. O usuário tem as pretensões e ações possessórias (Tomo X, §§ 1.059, 4, 1.066, 2, 1.061, 1.099, 1.133).

(b) O usuário pode usar a coisa, ou só, ou com as pessoas que a ele se liguem. Os frutos, que pode apanhar, são os frutos-elementos do uso. Se colhe o que não podia colher, ou usa o que não podia usar, tem de indenizar o valor: cometeu ato ilícito absoluto (Código Civil, arts. 159 e 160, 1, 2.ª parte). O proprietário tem pretensão reivindicatória contra o usuário pelos frutos a que êsse não tinha direito.

3. DIREITO Á POSSE. Tratando-se de bens cujo domínio só se adquire com a tradição, o uso só se constitui se há acordo de constituição e tradição. Se depende de registro, a posse pode ser anterior a Esse, ou ser devida a posse. Se o uso é sobre imóvel, por exemplo, pode ser transferida a posse. por simples *acordo de trans / eréncia da* posse, inserto na escritura pública. Se sobre titulo ao portador, o dono pode transferir a posse por simples recado, ou ordem telefônica.

A posse e o próprio direito à posse podem existir sobre bem *nzdlius.* Se a *res nullus* passou a ser possuída por alguém, nem o usufrutuário pode sofrer com isso, nem o possuidor pode ser molestado pelo usuário.

O usuário tem de prestar caução, se o proprietário o exige (Código Civil, arte. 729 e 745). O que fica dependente da prestação de caução, se houve a exigência do proprietário, é a entrega da posse imediata. Cabem aqui as considerações que fizemos a propósito do usufruto (§ 2.272, 3). Se o usuário, a que não foi dispensada a caução, no ato constitutivo ou depois *(e.* g., por omissão da exigência), não pode ou não quer prestar caução, ~

o art. 730 é de invocar-se?

A resposta a tal questão implica que se explicite o conteúdo do art. 745, onde se diz serem “aplicáveis ao uso, no que não for contrário à sua natureza, as disposições relativas ao usufruto”. Em direito romano, por ser o mesmo o conteúdo da caução, B. WINDSCEED *(Lekrbuch,* , 9. ed., 1058) afirmava que a obrigação de prestá-la era a mesma, sem

citar fontes. Para nos convencermos disso basta lermos a L. 5, § 3, D., *usufructuarius quemadmodum caveat,* 7, 9: o usuário e o habitador tinham de prestar caução.

Nas Institutas de Justiniano (pr. e § 1, 1., *de usu et habitatione,* 2, 5), fala-se de se constituir e acabar o uso como o usufruto (Isdem istis modis, quibus usus fructus constituitur, etiam nudus usus constitui solet isdemque illis modis finitur). Não se aludiu à caução. Mas o texto da L. 5, § 3, D., que é de ULPIANO, é claro: "Et si habitatio vel operse hominis vel culus alterius animalis relictae fuerint, stipulatio locum habebit, licet per omnia haec usum fructum non imitantur". Se se houver deixado habitação ou obras do homem ou de outro qualquer animal, terá lugar a estipulação, posto que em tudo elas não imitem o usufruto.

Os meios constritivos do Pretor eram a *denegatio actionis,* a *missio ia bana,* a *pignoris capio* e a *multas dictio.*

No caso da *cautio usufructuaria.* tem-se de atender a que ela começou por ser o meio para responsabilizar o usufrutuário a gozar a coisa, como bom varão *(usururrê boni viri arbitratu),* e a restitui-la, findo o usufruto, o que se pôs em lei, depois, passando a caução a ser reforçamento.

A nomeação de administrador judicial, ou a entrega do bem ao proprietário, como administrador, chocar-se-ia com os institutos do uso e da habitação. O uso é somente pelo titular, ou por ele e as pessoas aderentes.

Se é de entender-se que não foi exigida a caução no ato constitutivo, a exigência pelo proprietário funciona como exceção à pretensão do usuário ou do habitador.

Se o usuário recebeu a posse imediata sem lhe ser exigida a caução, não se pode importar no sistema jurídico brasileiro a solução de PRÓCULO, de que dá noticia ULPL&NO (L. 7, pr., D., *usufnwtuarius quemadmodum caveat,* 7, 9): "Si usus fructus nomine re tradita satisdatum non fuerit, Proculus ait posse heredem rem vindicare, et si obiciatur exceptio de re usus fructus nomine tradita, replicandum erit. quae sententia habet rationem: sed et ipsa stipulatio condici poterit". Entregue a coisa a titulo de usufruto, sem se ter dado caução, PRócuLo diz ;ue o herdeiro pode vindicar a coisa, e se for oposta exceção de coisa entregue a titulo de usufruto, é de replicar-se. Cuja proposição tem razão e pela condição pode reclamar-se a estipulação. A parte final foi interpolação (O. GRADENWITZ, *Interpolationen in da*

*Pandekten,* 28).

A *condictio* provavelmente não existia. Hoje, também não se há de admitir a réplica, a que alude ULPIANO, porque o art. 729 subordina a obrigação de caucionar ao ter exigido caução o proprietário. Se deu a posse de usuário, deixou de exigir a caução: o usuário tem a *ezoeptio de re usus fructus nornine tradita,* e não tem réplica o proprietário, que transferiu a posse imediata. Nem a *condictio.* Se a posse imediata foi adquirida viciosamente, o proprietário tem a réplica, mas essa réplica é a objeção de exigir caução para que transmita a posse imediata, ou renuncie às ações contra o possuidor vicioso (Código Civil, art. 489>. Se o usuário houve de outrem a posse, que o proprietário não poderia reaver, ou obter, não tem Esse réplica, porque a caução é de exigir-se para se *dar* a posse.

4.DIREITO DA POSSE DO USUÁRIO. Posse é poder fático. Ou o usuário recebeu toda a posse a que tem direito, ou somente a recebeu em parte, ou recebeu mais do que teria de receber. Tudo se há de resolver no terreno da tutela possessória. Sobre isso, § 2.272, 6.

Não há administração pelo proprietário. A administração pelo usuário, ou em comum, rege-se pelos princípios a que nos referimos a propósito do usufruto (§ 2.272, 7). 2.371. “Uns” e conteúdo do direito 1. USAR E num. O usuário tem o uns, e não o *fructus.*. Mas há frutos que se incluem no uso. O que tem uso nu do fundo entende-se nada mais ter do que o direito de usar, quotidianamente, as verduras, maçãs, flOres, feno, palha e lenha (§ 1, 1., *de usu et habitatione,* 2, 5: .... . is, qui fundi nudum usum habet, nihil ulterius habere inteliegitur, quam ut oleribus pomis floribus feno stramentis lignis ad usum cottidianum utatur).

No sistema jurídico brasileiro, o usuário não pode usar sem ser pessoalmente, ou pessoalmente e com as pessoas que lhe são aderentes, segundo os princípios. Isso não quer dizer que o uso não possa ser de toda a coisa, se não foi *restringido* o objeto. A restrição conforme as *necessidades* é restrição à fruição, e não ao uso.

O *usus* é outro direito que o *ususfnwtus;* não é apenas *ininus,* em relação ao usufruto. Porque o usuário não tem o *fructus,* não pode dar, nem vender, nem locar: estaria a perceber frutos civis.

As necessidades do usuário e de sua família não são *limites* à extensão do uso. O que se estabelece, quanto ao uso, é que usuário há de usar pessoalmente ou com as pessoas acima referidas. O conceito de

*necessidades* somente há de intervir a respeito de frutos (art. 743: "Avaliar-se-á o as necessidades pessoais do usuário, conforme a sua condição social e o lugar onde viver"). Por isso mesmo, se A deixa o uso dos prédios *b* e *c,* iguais, a B e C, sendo E homem de trato e C pessoa de costumes modestíssimos, não se vai apurar se E merece o legado no todo, ou se apenas se lhe há de reservar apartamento na casa. Tanto não é verdadeira a interpretação que romanistas dão aos textos romanos que na L. 4, pr., D., *de usu et habitatione,* 7, 8, ULPIANO

atribui a PRÓCULO a interrogação: ~ Que se há de exprobrar a homem de medíocre situação se houver deindo o uso de casa tão espaçosa que ele se contenta com parte mínima? (quid enim si tam spatiosae domus usus sit relictus homini mediocri, ut portiuncula contentus siti").

2.LIMITES DO USO pm.o USUÁRIO. O usuário tem de usar o bem gravado dentro dos limites que a destinação econômica, estética e histórica do bem lhe traça. O conteúdo do uso é tirado no exercício do domínio: os seus limites são interiores; ao passo que exteriores os do domínio (§ 2.273). Os direitos que limitam o domínio são direitos limitativos; limites do uso são interiores, dai dizer-se que é direito restringente.

O usuário, de regra, pode usar como o proprietário poderia. O proprietário pode abusar; o usuário, não. § 2.372.

Uso impróprio ou quase-usa

1. BENS CONSUMÍVEIS. Conforme vimos a respeito do usufruto, o titular do direito real de usufruto ou de uso tem de exercer o seu direito, *salva rei-um substantio.* Em virtude de senatusconsulto foi que se admitiu o usufruto impróprio, o *quasi ususfructus.* Na L. 2, § 1, D., *de uni fructu earum rerutn, quae usu consumuntur veZ minuuntur,* 7, 5, GAIO expressamente se refere ao *quasi usus:* "Quo senatus consulto non id effectum est, ut pecuniae usus fructus proprie esset (nec enim naturalis ratio auctoritate senatus commutari potuit), sed remedio introducto coepit quasi usus fructus haberi". Na L. 5, § 2, ULPIANO informa que JULIANO e POMPÔNÃO entendiam que a concepção do uso impróprio era de admitir-se à semelhança do usufruto impróprio: o mesmo que dissemos quanto ao usufruto de quantidade de dinheiro, *eu das outras coisas que se cansomem com o uso,* também se há de dizer do uso, porque o mesmo concerne ao uso de dinheiro e ao usufruto de

dinheiro (Quae in usu fructu pecuniae diximus [vel ceterarum rerum, quae sunt in abusu], eadem et in usu dicenda sunt, nam idem continere usum pecuniae et usum fructum et lulianus scribit et Pomponius libro octavo de stipulationibus). O que pusemos em letra grifa (ou em colchetes) foi interpolação.

2. DIREITO CONTEMPORÂNEO. a Tem-se ainda o *quasi «sus?* Primeiramente, advirtamos em que de modo nenhum, conhecendo-se os textos romanos, especialmente o que se sabe de JULIANO, POMPONÃO e ULPIANO, se pode dar à regra jurídica da L. 5, § 2, D., *de usu fructu earnrn rertm, quae usu consumuntur veZ*

*minuuntur,* 7, 5, a interpretação que se há de dar à L. 22, pr., D., *de «au et luibitatione,* 7, 8: na L. 22, pr., faz-se usufruto o que se reputou ou apenas se chamou uso; na L. 5, § 2, frisa-se existir *quasi «sus* como existe *quasi*

*«sus fructus.*

Dificuldade em se receber a solução romana estaria em se não conformar com a natureza do uso o quase-uso, por se não poder só usar o consumível, seja dinheiro, ou outro bem. Ora, exatamente aí, o que é consumível mais se usa do que se frui: o consumível somente pode ser frutífero se foi objeto de outro ato do consumidor, *e.*

*g.,* constituição de mútuo do dinheiro; a regra é só se usar e consumir-se. O argumento de que, se a coisa é consumível, só se pode pensar em uso se, com o consumo, tudo se acaba e não se pode pensar em lucro, e isso não aconteceria ao dinheiro, tem de ser desprezado, porque admitido o consumo pelo usuário se tem por adquirido o bem gravado e, pois, seria impertinente toda investigação posterior. O outro argumento, que se encontra, de ser um!

tada às pessoas de que falam os arte. 742-744 do Código Civil o uso, não é menos impertinente: o que se submete aos artigos 742-744 é a fruição-uso, e não o uso em si. Há mais coisas suscetíveis de uso impróprio ou quase-uso do que de usufruto impróprio ou quase-usufruto. No mais, os dois institutos coincidem.

3. USO DE DIREITOS. O enfiteuta e o subenfiteuta podem outorgar uso; mas o uso, que então se outorga, não é uso de direito, sim uso de coisa: o uso da coisa foi que passou ao enfiteuta e, agora, por ato desse, ao usuário.

O senhorio pode outorgar uso para quando cesse a enfiteuse; o uso, que então se promete, ou se constitui sob condição ou termo, é uso de coisa.

Uso de direito não há. Não se usa crédito: ou se adquire direito de dispor, ou de fruir. Se o uso recaiu em crédito que dê juros ou em ações que dêem dividendo que sirvam às pessoas de que tratam os arts. 742-744 do Código Civil, em verdade constituiu-se usufruto, e não uso; e qualquer outra solução poria a doutrina de hoje em contradição consigo mesma e fora do sentido da L. 22, pr., D., *de usu et habitatione,* 7, 8, que, embora se referisse a bosques, tem de ser entendida a respeito de todas as espécies.

4.USO DE HERANÇA E DE PATRIMÔNIO. Se foi constituído uso de herança ou de patrimônio, o que se há de entender é que somente há uso do que como uso se pode construir, isto é, no que há de bem singular ou coletivo, não sobre o patrimônio mesmo. § 2.373. Deveres do usuário

1. ANULação DE DEVERES. Os deveres do usuário são os deveres do usufrutuário (§ 2.276, 1): a.) deveres de conservação; *b)* dever de comunicação; e) dever de suportar certos encargos; *d)* dever de fazer inventário; *e)* dever de prestar caução; *f)* dever de entregar a coisa, ao cessar o uso; *g)* eventualmente, dever de segurar. Sobre os deveres, §§ 2.276-2.283,inclusive sobre dever de indenizar (§ 2.279).

Além de estarem sujeitos à pretensão e ação real do proprietário, o usuário e o habitador são sujeitos passivos de retensões que correspondem a seus deveres e suas obrigações acima mencionados.

Diz o Código Civil, no art. 745: “São aplicáveis ao uso, no que não for contrário à sua natureza, as disposições relativas ao usufruto”. A regra jurídica de remissão não concerne apenas aos deveres e direitos do usuário e do proprietário. À medida que formos tratando das matérias, mencionaremos os pontos em que as regras jurídicas sobre usufruto incidem.

No sistema jurídico brasileiro, tudo se passa à semelhança do que se estabeleceu para o usufruto.

Na doutrina estrangeira, prevê-se que o uso seja, principalmente, sobre os frutos de que se fala nos arts. 742-744 do Código Civil, permitindo-se, em conseqüência, a administração pelo proprietário ou de terceiro, na falta da caução exigida. Mas, em verdade, uso em que a

fruição fosse principal não seria uso, mas usufruto, e ter-se-ia de admitir que houve erro de qualificação jurídica. O terreno com árvores frutíferas de que só se podem tirar frutos, sem outra utilizabilidade, é objeto de usufruto, e não de uso. Para se considerar uso o direito real limitado, tem-se de supor que há outras utilizabilidades, ou, pelo menos, alguma outra. Não há, rigorosamente, uso de patrimônio, nem de empresa; mas há bens coletivos que podem ser objeto de uso.

As relações jurídicas reais do uso são entre usuário e quem quer que seja, incluído o proprietário do bem gravado. Quem constituiu o uso pode deixar de ser proprietário e, até, nunca ter sido. Se o constituinte do uso ou outro proprietário posterior renunciou (Código Civil, art. 589, XI) ou derrelinqueliu, ou abandonou (arts.

589, III, e 593) a propriedade, perdeu-a; porém nada sofre o uso. O uso é direito real: todos é que são os seus sujeitos passivos. Não só o dono atual do bem gravado.

As relações jurídicas reais não se confundem com as relações jurídicas pessoais entre outorgante e outorgado do uso. Essas derivam do negócio jurídico básico entre constituinte e Usuário.

2. DEVERES DE OBSERVação. Os deveres do usuário, no tocante à conservação do bem gravado, são os mesmos do usufrutuário, ressalvando-se o que só Interessa à fruição e não se refere à fruição-uso. O que se disse nos §§ 2.276 e 2.277 há de ser atendido.

O usuário pode ter responsabilidade pelo fato de haver, contra a natureza do direito real de uso, atribuído a alguém algum direito de uso do bem gravado. Esse direito de uso não nasce, porque é *ineficaz* a atribuição, por falta de poder de dispor do usuário quanto ao bem e quanto ao uso. Diferente é a situação do usufrutuário, que pode obrigar-se quanto ao uso, dar posse do bem gravado a outrem (locatário, por exemplo) e alienar frutos pendentes e futuros, O ato, que pratica, é eficaz, porque, sendo usufrutuário, pode transferir uso e fruição, ou só uso, ou só fruição, ou, até, todo o exercício do usufruto.

De onde se há de tirar que o usuário não responde só se os danos ocorreram à coisa, mas sim também se houve infração do dever de abster-se de atos de transferência da posse e do uso (fático).

A responsabilidade do usuário é por violação do direito de propriedade. A do usufrutuário, pelo ato ilícito de quem lhe adquiriu direito de usar a coisa gravada.

Não há, todavia, distinção quanto à classificação do fato, porque usufrutuário e usuário respondem, igualmente, pelo dano que ocorreu sem culpa, só excluída a responsabilidade por força maior ou caso fortuito (cf. art. 732).

O art. 739, VII, nada tem com a responsabilidade pelos danos. A culpa é elemento do suporte fático da extinção do usufruto (art. 789, VII) e do uso (art. 745).

3. DEVER DE COMUNICação. O usuário tem o dever de comunicar ao dono do bem gravado tudo que diga respeito a reparação, ou renovação, extraordinária, ou a medida imprevista, ou perigo que corre a coisa, e alegação de direito por parte de terceiro (§§ 2.276, 1, e 2.278).

4.DEVER DE SUPORTAR CERTOS ENCARGOS. Os arts. 733, 1, e 734 incidem em matéria de uso (art.

745). No art. 733, II, lê-se que incumbem ao usufrutuário os foros, pensões e os impostos devidos pela posse, ou rendimento da coisa usufruída.

É de incidir, em se tratando de uso ou de habitação? Sim, mas proporcionalmente às utilidades que lhe tocam (incluídos frutos-uso), em relação às utilidades que cabem a outros usuários, ou ao proprietário, ou quem tenha o *fructus,* ou somente quanto ao que concerne ao uso se há despesas só relativas aos frutos, inclusive impostos.

A não-ingerência do usuário no que está fora do conteúdo do direito real limitado é imposta pela destinação econômica, estética ou histórica do bem gravado (§ 2.273, 3). Sobre destinação econômica, estética ou histórica, § 2.273, 4. A ingerência indevida é ato ilícito absoluto.

Quando o usuário ou o habitador *somente* usa parte do bem gravado, inclusive quando o bem é frutífero para o proprietário e não se pode distinguir o que é reparação ou despesa que somente haja de ser por conta do dono, os princípios relativos ao usufruto não podem incidir sem atenuação. Tem-se de verificar qual a parte nas reparações e nas despesas que há de caber ao dono. O critério somente pode ser o de se avaliarem a usabilidade pelo usuário ou pelo habitador e a usabilidade pelo dono, e a fruição possível pelo usuário ou pelo habitador e a fruição possível pelo dono. Quem pode usar, e não usa, quem pode

fruir, e não frui, tem de concorrer na proporção daquilo a que tem direito, salvo acordo entre os interessados, que semente teria eficácia pessoal.

Eficácia real somente poderia resultar da extensão do uso.

Quando o usufrutuário faz despesas ou solve dívidas que teriam de ser pagas pelo dono dos bens usufruídos, toca-lhe pretensão ao ressarcimento (2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 9 de dezembro de 1947, *R. dos* 2"., 172, 258, e *Á.* .1., 86, 177).

5.DEVER DE PRESTAR CAUÇÃO. Para o uso e para a habitação, a exigência da caução, se o usuário ou o habitador não a pode prestar, tem conseqüências duras: houve a constituição, o outorgado é o titular do direito de uso ou de habitação e não o pode exercer, porque o exercício há de ser direto. A propósito do próprio usufruto, que permite, hoje, a solução do art. 730 do Código Civil (administração pelo dono) ou a da administração por outrem, conforme acordo, ou por decisão judicial, havia críticas enérgicas *(e. g.,* O. F.

HOMMEL). Cf. § 2.276, 2.281 e 2.282.

O usuário tem o dever de inventariar, à sua custa (cf. art. 729).

Diz o Código Civil, art. 731: "Não são obrigados à caução: 1. O doador, que se reservar o usufruto da coisa doada. II. Os pais, usufrutuários dos bens dos filhos menores". Pergunta-se: o art. 731, II, incide em matéria de uso? O pai tem o usufruto dos bens do filho. Se usa ou habita, porque o filho tem o uso, ou a habitação, tem dever de caucionar a pessoa que é o usuário, ou o habitador, e não o titular do pátrio poder, pai ou mãe. Aliás, é o que também ocorre com o titular do pátrio poder se o filho é usufrutuário, com a diferença, porém, entre as duas situações, devida à natureza do usufruto e à natureza do uso ou da habitação. O titular do pátrio poder, no caso de ser usufrutuário o filho, tem exercício do usufruto; o titular do pátrio poder, no caso de ser usuário ou habitador o filho, não tem tal exercício: usa como pessoa da família do usuário; habita como pessoa da família do habitador; não por direito próprio de usufrutuário.

6. DEVER DE RESTITUIÇÃO. O usuário tem de restituir o bem gravado, findo o direito real de uso. Não lhe cabe só abster-se de usar o bem que fora gravado; nem só tolerar que o dono, ou alguém por ele, reassuma ou assuma a posse mediata, ou a posse mediata e a imediata, que tinha o usuário; nem só demitir-se da posse: tem o dever

de restituir. O que se disse sobre o dever do usufrutuário é de repetir-se em relação ao usuário (§

2.283).

É um ponto, êsse, que merece toda a atenção. O usufrutuário, o usuário e o habitador têm dever de restituição: não somente podem ser constrangidos a restituir; não somente estão expostos à ação de restituição. Restituem, porque é dever deles restituir o bem gravado, se o gravame desaparece. Em caso de morte do usufrutuário, do usuário ou do habitador, os herdeiros sucedem nesse dever. Não só têm de tolerar que se peça o bem.

7.DEVER EVENTUAL DE SEGURAR. O dever do usuário, quanto ao seguro, é semelhante ao do usufrutuário *(§* 2.276, 2).

8.DEVER DE INDENIZAR. O usuário tem o mesmo dever de indenizar que nasceria ao usufrutuário (§§

2.276, 1, e 2.279). Os princípios são os mesmos, sendo pequenas as diferenças oriundas das circunstâncias e da natureza dos dois institutos.

CAPITULO VI

RESERVA DE USO § 2.374. Técnica da reserva

1.DETRação NO CONTEÚDO NMÂ O USO. A propósito do uso cabe relembrar-se o que escrevemos nos 2.310-2.312.

A detração de elementos com que se componha o conteúdo do direito real de uso logicamente precede a constituição do seu direito, porém constituinte não é o adquirente, e sim o alienante. Se fosse o adquirente quem constituísse, teria ele adquirido o domínio sem qualquer dedução de elementos, e não caberia estar-se a falar de reserva. Se reserva houve, foi o alienante. Também aqui os negócios jurídicos nos quais pode ser empregada a técnica da detração são de muitas espécies.

O que importa é que se *reserve* o necessário à constituição do uso. Quem aliena a propriedade, *me~wa* o uso, detrai; quem deixa em testamento a A o domínio e a E o uso, dispõe testamentariamente e

detrai.

O alienante pode desde logo dizer a favor de quem detrai os elementos para a composição do uso, ou deixar de mencionar-lhe o nome. O ato de detração não é ainda o ato de constituição, posto que mais freqüente seja a simultaneidade.

2.TITULO DE AQUISIÇÃO DO USO. O titulo, ainda se a detração do uso é a favor do alienante, é de aquisição derivativa. O alienante adquire-o mesmo.

3.EXTINÇÃO DO DIREITO A CONSTITUIR O USO. Se a constituição do usufruto se torna impossível, ou por morte do reservatório, ou por ter expirado o tempo que seria o de sua duração (termo ou condição), ou por cessar a causa de que se originou, ou pelo decurso do tempo em que poderiam deixar de ser exercidas as pretensões do usuário, o direito à obtenção do direito real de uso extingue-se. Idem, pela renúncia. Em qualquer desses casos, os elementos detraídos para a composição do uso voltam à propriedade (consolidação).

§ 2.375. Direito fiscal e reserva do uso

1.DIREITO PENADO E DIREITO FISCAL. Também a respeito do uso se passa o que expusemos ao tratarmos do usufruto (§ 2.312). Os impostos sobre transmissão da propriedade apenas incidem em valor do domínio *menos* valor do uso detraído, ainda que à detração não tenha sido simultânea a constituição do uso. Dai a necessidade de avaliação. Os impostos sobre a constituição podem ser cobrados à detração; previamente, portanto, ou à constituição.

2. LEI QUE APONTA CRITÉRIO. Se há lei fiscal que diga qual o critério para se fixar o valor do uso, tal lei só é de atender-se até onde não eliminou outros critérios que possam corrigir o resultado da avaliação segundo o critério legal. Assim como pode o Estado não se subordinar ao valor dado pelos figurantes do negócio jurídico básico, assim também os particulares não ficam sujeitos, sem impugnabilidade, à observância do critério legal.

No caso de uso conjunto, cada comuneiro paga o imposto sobre a sua quota. Se o uso é sucessivo, entendendo-se por sucessivo o usufruto posterior, e não o herdável (que o sistema jurídico não admite), o

impOsto é devido quando se vai midar, salvo *lex* speciali.s.

CAPITULO VII

USO SUCESSIVO, USO FIDUCIÁRIO E USO DE SEGURANÇA 2.376. Intransmissibilidade do uso e pluralidade de usos

1.USO E REMINAÇÕES INEXAS. O uso pode ser constituído para se iniciar de certo momento ou quando se der algum fato. Por isso mesmo, nada obsta a que se constituam dois direitos reais de uso, um desde agora e outro a partir 4ª extinção do primeiro (cf. §§ 2.313-2.315Y O que se disse sobre os usufrutos sucessivos tem invocabilidade a propósito dos usos sucessivos. Não está em causa a intransmissíbilídade, que é inexcetuável e cogente.

2. PÓS-EFICASIZação. Se já havia uso ou usufruto e o dono do bem ou o enfiteuta constituiu outro uso, ou uso, que se possa considerar para tempo futuro, a constituição não é nula. Pode dar-se a pos eficacização, como se daria se o não-dono ou o não enfiteuta, que como dono, ou como enfiteuta, constava do registro, constituiu uso, que foi atingido pela ação de revindicação e, depois, adquiriu o domínio ou a enfiteuse.

3.fl~gTRIBUIÇXO NO TEMPO. Se o proprietário ou o enfitetita já havia constituído uso do imóvel e nôvo uso coflfr titui para o mesmo tempo ou parte do mesmo tempo, quem primeiro obtém inscrição é que adquire o direito real de uso. Se ao registro são apresentados dois títulos de uso de imóVSl, O oficial do registro toma no protocolo a data da apresentação do titulo e o número de ordem que lhe compete. tsse número é que determina a prioridade do título. Se dois ou mais, sobre



omesmo bem imóvel, são apresentados no mesmo momento < = simuítêneamente), o número de ordem é o mesmo, acrescido de letras em ordem alfabética <Decreto n. 4.857. de 9 de novembro de 1939, arte. 200-202).

Se o imóvel não estiver lançado em nome do outorgante, o oficial do

registro tem de exigir a transcrição do titulo anterior, sem o quê se quebraria a cQntlfluIdad~ do registro (Decreto n. 4.857, art. 214).

Não há confundir-Se o uso sucessivo com o uso transmissível, aquele possível, porque conteflipúrftneamente se constituem dois ou mais usufrutos, distintos e nío~cOnteIflPor8neos, e Esse, vedado pelo art. 717, 1.8 parte, do Código Civil (art. 745), que estabelece o principio da intransmissibilidade do uso. Uso sucessivO é o que vem após, sucede, se segue a outro uso; não o uso em que alguém sucede.

Se a constituXçêO do segundo direito real de uso é a titulo oneroso e o outorgado ignorava que se constitulra, antes, outro, que obteve registro, pode pedir a resolução do negócio jurídico básico, porque não se pode prestar a eficácia real imediata que se prometera. Porém isso não se pode aplicar se sucessivo o uso, pois se é sucessivo o constituinte já havia constituído o primeiro uso, ou se havia reservado constitui-lo.

## § 2.877. Uso fiduclUlo e uso de segurança

1. USO E GARANTIA. O uso, direito real limitado, não garante. Não há instituto de direito das coisas que corresponda ao uso, como a anticrese ao usufruto. Teremos de, a respeito do penhor (Tomo xx>, versar o problema que resulta da. cláusula permissiva do uso do bem empenhado.

2.As DUAS FIGURAS, NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEiRO.

O direito brasileiro permite que se concebam o uso com fidúcia

e o uso de seguranÇt. O uso fiduciário trata-se como qualquer

outro direito com fidúcia. Não é uso transmisslVel, o que a lei

proibe. O uso sucessivo, com fidúcia, seria *in fraudem tegis.*

O uso de segurança é inconfundível com o uso fiduciário. Pode haver aquele sem êsse, ou êsse sem aquele. O

que éessencial ao uso de segurança é que haja a causa solveu <*Li.* O uso com que m solveu, o uso pelo qual se deu em soluto, pão é uso de segurança foi apenas o objeto da *datio is* 80-O 2.377~ USO FIDUCIÁRIO E USO DE SEGURANÇA BeL

*lutt&m.* Se foi dado em soluto uso, a morte prematura do usuário importa em que o valor dado foi inferior ao débito, mas não há pensar-se em se haver resto de divida. A daçio em soluto ~~tingUirS a divida. Se foi dado uso, em segUfl~Qa‟ a morte prematura deixaria incólume o crédito, que se transmite a causa de morte.

3. RnuisSÃ< > Às REGRAS juRIDICAS SÔBIE umUhEU~.

O que foi exposto quanto ao usufruto com fim de segurança.

e o usufruto fiduciário pode ser relembrado para o trato do

uso com fim de segur*flç& e do uso fiduciário (§ft 2.816 e 2.817).

O uso de segurança tem implícito termo final, que é o da data da solução do débitO. Divida solvida, extinto o uso de seguflflçB. Ou se deu valor ao tempo de exercício, de modo que a cada período ~o~responde prestação periódlC8~ ou parcela da divida; ou se fêz o valor do uso dependente da aplicação de algum critério estimativo, como se o bem é suscetível de usos dlfere fltM (a, b, *o)* e se atribuem diferentes valores aos usos que se permitiram. dependendo da efetividade de cada uso a parcela a ser deduzida k divida.

O usuário de 5egutaflça não pode executar a divida, enquanto está no exercício do uso. Está a pagar-Se do crédito. t3e o dono do bem dado em uso de segurança turba ou esbulbi a posse do usuário de segurança, ou lhe ofende o direito real de uso, ~ornpetem-lhe as aç6es ~dequadaB.

O negócio jurídico básico não InflUi no uso de gegurança se não lhe imprime, através do ato de ~ alguma cláusula que seja compatível com o direito real de uso. Paga a divida, ~tingfle-5O o uso de seguflfltS. Mas a extinçãO do uso de segurança por outra causa não extingue a divida, no que o uso de segurança se distlflViC do uso dado em soluto.

Ouso de segurança pode ser concebido como a) em garafr tia de parte da divida, ou lO sbmeixte dos intensa”, ou o> só-mente do capital, de modo que, paga a parte da divida, a que se referiu, se ~xtlnguB o uso, ou, havendo mora no pagamdilto das prestaçõeS do capital, ou na prestação única, a ~esoluçLo do contrato não atinge o uso, só constituído em garantia dos Inte rêsses (ainda após a ~esoluç1o), ou, pago o capital. o uso se extingue ainda quando os interEsses não estejam pagos.

O uso de segurança é inconfundível com o penhor e com a hipoteca. A única identidade é a da causa de extinção: tanto o penhor e a hipoteca quanto o uso de segurança- se extinguem com a solução da divida, que no tocante ao uso de segurança apenas funciona como condição extintiva. Porque só se extingue o uso com a solução, o uso tem, aí, aplicação de

segurança, mas isso não o transforma em direito real deCAPITULO VIII garantia.

REGRAS JUR!DICAS SOBRE VALIDADE

§ 2.378. Validade e constituição do direito real de uso

1.VALIDADE E ATOS PARA A CRIAÇIO DO USO. Em matéria de uso, ou a validade é quanto ao negócio jurídico básico,

ou quanto ao acordo de constituição, ou quanto à inscrição.

2.Os DIFERENTES ATOS. O acordo de constituição énegócio jurídico, abstrato. Não importa se, *in carne,* é negocio jurídico de adimplemento, ou não o é: a sorte dele é independente da sorte do negócio jurídico básico.

A própria resolução do negócio jurídico causal não implica, necessáriamente, a do acordo de constituição.

Idem, a rescisão. Não há qualquer regra de interpretação que faça supor-se condicionado, tâcitamente, à realidade, ou à eficácia do negócio jurídico causal o acordo de constituição.

(a)A lei que rege o negócio jurídico básico determina-

-lhe a validade ou a invalidade, a eficácia ou a ineficácia. Se énulo, ou anulável, ou se é ineficaz, responde o direito que lhe regula a validade, ou a eficácia.

(b)A lei que rege o acordo de constituição é que lhe determina a validade ou a invalidade e a eficácia ou ineficácia. Uma pode ser a lei

que rege o negócio jurídico básico e

outra a que rege o acordo de constituição.

(c)A nulidade ou anulabilidade do ato constitutivo *(e. g.,* ato constitutivo em que foi agente menor absolutamente incapaz, ou relativamente incapaz não assistido) rege-se segundo os princípios que expusemos a respeito do acordo de transmissão. Nenhum influxo sobre o acordo de constituição tem a nulidade ou a anulabilidade do negócio jurídico básico. Pode acontecer que a nulidade ou a anulabilidade seja comum.

O acordo de constituição é nulo se ocorre uma das causas de nulidade mencionadas no art. 145, 1 (incapacidade absoluta>, II, 2.‟ parte (impossibilidade do objeto), IV (pressuposto essencial), V (infração de regra jurídica especial>, III (infração de regra de forma).

0 acordo de constituição é abstrato. A ilicitude do negócio jurídico causal não se contagia a Ole. Se o acordo foi concebido causalmente, então a ilicitude é dele, embora excepcionalm4nte.

Quanto à impossibilidade, ou o oficial do registro nega a inscrição, ou ela apenas concerne ao negócio jurídico básico.

Nos casos em que cabe ratificação dos negócios jurídicos, o acordo de constituição de uso é ratificável. Se, tratando-se de relativamente incapaz, sobrevém distrato, ainda que também Esse seja anulável, desaparece o acordo e não se pode pensar em ratificação.

(d) A inscrição é ato formal. A exigência de que conste como dono, ou enfiteuta, quem constitui o uso, evita a contradição entre o registro dos domínios e o do uso.

A inscrição, em si, não pode ser sujeita a determinações mexas (condição ou termo); mas a eficácia real pode ser condicionada ou a termo.

A inscrição feita por oficial de registro que não seja de imóveis, ou por oficial que não seja de registros, é *inexistente;* não é nula. A inscrição feita por oficial de registro de imóveis que, pela situação do imóvel, nA o era competente, é *nul*& A decretação de tal nulidade pode ser de oficio e qualquer interessado pode alegá-la. A eficácia da decisão independe do cancelamento (cf. Decreto n. 370, art. 103, parágrafo único, e Decreto n.

4.857, art. 229; cfr. respectivamente, art. 108 do Decreto n. 370 e 293

do Decreto n. 4.857).

3. R~rnssXo As REGRAS JURíDICAS sóan USUFRUTO. Em virtude do art. 745, o que se disse nos §§ 2.318-2.321 é

de atender-se em matéria de uso.

O acordo de constituição opera entre os figurantes, porém a eficácia dele não é eficácia real.

Se algum herdeiro aliena a quota hereditária ou a herança em que há uso, extingue-se o uso, porque o usufruto é intransmissível.

O uso tem de ser inscrito se o objeto é imóvel ou outro bem sujeito a registro. Há o negócio jurídico básico, o acordo de constituição, o pedido exigência para inscrição e a inscrição, O pedido exigência, ou apresentação do acordo de constituição, é entre os dois, acordo de constituição e Inscrição. Se, após o acordo de constituição, mas antes do pedido exigência, morre o constituinte, ou cai em Incapacidade, o vinculo do acordo de constituição persiste. O outorgado ou qualquer herdeiro ou representante legal do constituinte, ou interessado, pode pedir a inscrição.

1 2.379. Inscrição

1. ATO DE INSCRIÇÃO. O ato de inscrição, quando em registro de imóveis, é ato jurídico estatal, de direito público, posto que para eficácia preváticia. Ao oficial do registro e ao próprio juiz não se permite produzir prova, de oficio; mas têm de atender a fatos que sejam notórios ou de que devam ter ciência. Quando o oficial do registro procede à inscrição, entrega *prestação estatal, administrativo-jurisdicional.*

Têm pretensão ao registro e, pois, são legitimadas à petição todas as pessoas imediatamente interessadas na inscrição, quer aquelas a que a inscrição prejudica quer aquelas a que a inscrição aproveita (cf. Decreto n.

4.857, art. 233).

2. CONSENTIMENTO PARA A INSCRIÇÃO. Quase sempre o acordo de constituição leva consigo o consentimento para a inscrição. Isso de modo nenhum justifica que se identifiquem acordo de constituição e

consentimento para a inscrição. O constituinte pode notificar o oficial do registro para que, a despeito do acordo de constituição, não proceda à inscrição.

Acordo e inscrição são negócio jurídico e eficácia real, atos jurídicos distintos, mas o último é indispensável à eficácia real daquele.

É ineficaz a revogação do acordo. O distrato, o *contrarius consensus,* pode suprimir o acordo de constituição, enquanto não se apresenta à inscrição.

Quem apresenta o título e o acordo de constituição tem de provar que houve o acordo, se é necessário, e o consentimento para a inscrição. Se o apresentante é o constituinte a título gratuito, tem de dar prova do consentimento do beneficiado para a inscrição (cf. Decreto n. 4.857, art. 233, parágrafo único)

.

3. REMISSÃO Às REGRAS JURÍDICAS SOBRE USUFRUTO.

CAPITULO IX que se expendeu quanto ao usufruto (§§ 2.318-2.321) é derepetir-se, *inutatis mut and is.*

EXERCÍCIO DO USO

§ 2.380. Exercício somente direto

1.Monos DE EXERCER. O usufrutuário pode dar posse de uso a outrem, que passa a ser possuidor imediato para usar *(e.* g., a locatário); o usuário, não: o usuário recebe a posse de usuário; não pode mediatizar-se, para que outrem haja a posse imediata de uso. Pode dar posse imediata, por exemplo, a depositário, ou, uma vez que a posse é poder fático, permitir, faticamente, que alguém exerça posse de qualquer natureza sobre o bem.

Juridicamente, da sua posse de usuário só se pode derivar outorga de poder a *servidor da posse* ou a *depositário* ou a quem tenha posse semelhante *(e. g.,* empreiteiro de reparação geral).

As pessoas a que se refere o art. 744 do Código Civil uma vez que não são co-usuários não são possuidores, mas sim servidores da posse.

O exercício do uso é direto e só direto pode ser. As pessoas que o Código Civil, art. 744, enumera, têm a posse dos frutos-uso, depois de colhidos, conforme a relação jurídica que se estabelece, estranha ao uso.

Quem alega ter havido posse de locatário, ou semelhante, por ato do usuário, não tem *direito à* posse.

O usuário não é obrigado a exercer o uso. Recebido o bem gravado, tem o usuário o dever de guarda e conservação. Se o não recebe por culpa sua, e há foros, pensões, ou direitos reais a serem pagos, tem o dever de solver essas dívidas. Se a culpa *foi* do constituinte, tem êsse de pagar o que ao usuário incumbiria se de posse do bem gravado estivesse.

2. RESPONSABILIDADE. Responde-se pelo exercício irregular do usa. É uso Irregular qualquer atribuição do uso a outrem *(e. g.,* locação>.

O proprietário pode, a qualquer momento, fazer cessar o uso contrário aos princípios (cedido, excessivo, lesivo). Se o usuário vendeu o bem, ou cedeu o exercício, ou deu em comodato, o negócio jurídico é *ineficaz.*

Se o locatário pede a posse, ou se apossou do bem, ou está em posse por tradição, o proprietária pode alegar a ineficácia do contrato e exigir entrega do bem ao usuário. O próprio usuário pode pedi-la, embora tenha de indenizar o outorgado que ignorava se tratasse de uso. Qualquer aluguer que tenha sido pago ao usuário é devido ao proprietário. Tem êsse ação para haver o que o locatário devia e não pagou.

Surge aqui o problema da extinção do uso pela prescrição (Código Civil, arts.. 789, VII, e 745). ~Extingue-se o uso se o usuário indevidamente dá a posse a terceiro e ocorre a prescrição da ação para reavê-la? A ação é tanto do usuário quanto do proprietário. Mas a extinção do uso somente poderia aproveitar ao proprietário, salvo posse própria por terceiro. Se a posse é imprópria, não há extinção do uso, porque a prescrição da ação de vindicação e das outras não se deu.

(Observe-se que o Código Civil brasileiro, no art. 789, VII, afasta-se do conceito de extinção pelo não uso, o que pré-exclui qualquer alusão à doutrina estrangeira.)

§ 2.381. Uso de quotas

1. CO-USUÁRIOS. Quando duas ou mais pessoas têm uso sobre a mesma coisa, uma não se pode pretender única, nem exclui o uso de parte pela outra ou pelas outras; mas o acordo sobre o uso de partes divisas é possível. Nem há obstáculo a que se divida a coisa para se constituírem usos de partes divisas (F.

CONNANUS, *Commentariorura juris civills,* 236). Está em J. AvERANIUS *(Interpretationum iuris,* Lib. IV, Cap. 24, n. 9): "Si utor fundo, vel alia re, utique utor in solidum, usus enim dividi non potest. Verum tamen legari potest servitus usus pra parte fundi divisa, quia pars ilia, quantacunque sit, fundus est".

Que a regra jurídica do art. 740 incide em se tratando de uso e que se pode dispor que a quota dos que falecerem tique aos outros usuários ou habitadores, foi posto em termos definitivos por L. F. GRIESINGER, em 1794, desde quando se pôs de lado o que pensavam HUGO DONELO, A. VINNIUB, GEER. NOoDT, U.

HUBER, G. MAIANSIUS e tantos outros. Todos partiam da falsa premissa de que a matéria dos arts.. 742-744

do Código Civil concerne ao uso em si, quando, verdadeiramente, só diz respeito à fruição-uso (CER. FR. voN

GLt)CK, *Âusfuhrlicke ErUuterung der Pandecten.* , IX, 449).

O uso pode recair em edifício ou bem que pertença a uma só pessoa, ou que esteja em condomínio, ou em comunhão "pra divisa" *(e. g.,* edifício de apartamentos), ou em quota da propriedade (parte indivisa), ou em parte divisa (mas quota no indiviso). Assim, o condômino A pode constituir direito real de uso sobre a quota a, que lhe toca, ou o dono exclusivo da bem constituir direito real de uso da metade dele (= a outra quota fica livre do direito real limitado). É difícil, mas pode ocorrer que o uso sobre a coisa se torne usufruto de quota, devido à *confusão,* à *comistdo* ou á *adjunçdo* (Código Civil, art. 615, § 1.0) a favor de outrem.

2.USO SOBRE QUOTA (rnn INDIvIsA). O usuário sobre quota tem direito de uso que deriva da comunhão existente entre os condôminos, ou comuneiros, e exerce os que, se não existisse o uso, seriam exercíveis pelo comproprietário ou comuneiro do bem gravado. O exercício não é cessivel *(aliter,* Código Civil, art. 717, 2ª

parte).

Se, antes da constituição do uso, como direito real, havia convenção ou acordo, com eficácia real, entre os condôminos ou comuneiros, segundo a lei respectiva à figura jurídica, o usuário está vinculado como estaria o proprietário se uso não houvesse.

Durante o uso, qualquer convenção, ou acordo, que se haja de concluir, tem de ser concluído contando-se com o usuário, como se fora o proprietário. Mas tal convenção ou acordo somente pode ser eficaz, em relação ao proprietário, enquanto dure o uso, salvo, devido à legislação emergencial, em se tratando de locação de imóveis, no tocante à parte livre. Para se obviar aos inconvenientes da ineficácia, pode-se intimar o proprietário para, por sua declaração de vontade, vincular-se ao convenção ou acordo.

Se divide o bem, o uso recai sobre o que corresponde, em parte do bem, ou em outro bem, de regra dinheiro, ao proprietário da quota que estava gravada.

§ 2.382. Participação no exerci cio do uso

1. USO E LOCação. No tocante à locação, é de repelir-se, em princípio, que o excedente ao necessário possa ser dado em locação (sem razão, G. VENEZIAN, Dell‟Usufrutto, dell‟Uso e dell‟Abitazione, II *Diritto civile italiano* de P. FIORE, II, 2ª‟ ed., 935). Mas, dentro do que seria objeto do uso, pode-se admitir que outrem participe do uso (hóspede, protegido, amigo, convidado ou acolhido, filha casada ou viúva, netos, etc.), sem que se possa criar, eficazmente, a relação jurídica de locação, ou outra semelhante. O usuário ou habitador, que dá em locação o bem gravado, é como qualquer possuidor imediato que aluga o bem imediatamente possuído sem ser titular de domínio, de enfiteuse, ou de usufruto, ou de anticrese. Pode o outorgado exigir perdas e danos; não a execução pela posse do bem locado, nem a observância das leis protetivas dos locatários.

Convém repetir que os arts. 742-744 não se referem ao uso, que se possa ter do bem gravado, mas à fruiçãouso. O usuário não pode fruir, se frutos lhe cabem, além das necessidades da família, nem da sua “condição social” e de acordo com o “lugar em que viver ; mas a regra jurídica do art. 742 e a do art. 743 não concernem ao uso em si: só à fruição-uso. O uso, em si, é de acordo com a destinação econômica, estética ou histórica do bem gravado. O usuário tem direito de usar o

desnecessário, o supérfluo, o que está acima da sua classe ou situação.

Quanto ao art. 744, a sua enumeração *quase* coincide com a das pessoas que podem ser servidores da posse do usuário, ou ser admitidas à participação do exercício do uso pelo usuário, sem cessão do uso ou do seu exercício.

As pessoas, aderentes, que podem usar como se o uso fosse pelo usuário, portanto como instrumentos, são em maior número possível do que aquelas de que fala o art. 744, só referente à fruição-uso. O que é preciso é que exista o laço tal que seja

uso pelo usuário, juridicamente, o uso faticamente exercido por outrem.

2.INCEDIBILIDADE DO EXERCÍCIO. Quanto às proibições concernentes à cessão do exercício do uso ou da habitação, é preciso atender-se a que não se obsta, com elas, a que as autoridades públicas, dentro dos princípios constitucionais, requisitem o bem (Constituição de 1946, art. 141, § 16, 2ª parte: "Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito a indenização ulterior"), nem a que o usuário ou o habitador consinta na sub-rogação, ou a sofra, em caso de desapropriação, ou solução imposta pelas circunstâncias.

§ 2.383. Indenizações e preço

1. DANOS E SUB-ROGação REAL. As quantias pagas por danos que dão ensejo a reparação, por terceiro, pelo dono do bem ou pelo usuário, têm de ser consideradas em sua destinação objetiva. Ou se empregam em reconstrução, conserto ou aquisição de peças, ou se sub-rogam ao bem gravado ou a parte do bem gravado.

Desde que se recebe a indenização, a sub-rogação real, que ocorrera quanto à pretensão, recai no que se prestou. Se, posteriormente, se inverte em reconstrução, reparo, ou substituição do bem, a sub-rogação real passa a ser naquilo em que se inverteu a indenização.

2.QUANTIA INDENIZATÓRIA. Durante o tempo em que a quantia indenizatória se põe em banco e rende juros, os juros vão ao usufrutuário. Quis *juris,* se trata de uso? Esses juros são frutos-uso,

porque se vencem em lugar do uso, salvo se o bem daria frutos, que seriam do dono do bem, ou de outrem, caso em que se têm de distribuir entre juros-uso e juros frutos. Se a quantia não está rendendo juros, tem o usuário pretensão a que se empreguem para render, enquanto não a inverteu, sub-rogatoriamente.

3.INDENIZação POR DESAPROPRIação. A sub-rogação real dá-se no momento mesmo em que se *deve* a indenização.

4.REMISSÃO ÀS REGRAS JURÍDICAS SOBRE USUFRUTO. O que foi exposto nos §§ 2.322-2.327

também se aplica ao uso, *mutatis mutandis, e.* g., a regra jurídica do art. 732 do Código Civil.

CAPITULO X

EXTINÇÃO DO USO

§ 2.384. Causas de extinção

1.FATOS JURÍDICOS "ATRICTO SENSU" E ATOS JURÍDICOS. O que se disse sobre a extinção do usufruto também se há de entender a respeito da extinção do uso <§§ 2.328-2.388).

Diz o Código Civil, art. 739: "O usufruto extingue-se:

1.Pela morte do usufrutuário. II. Pelo termo de sua duração.

III.Pela cessação da causa de que se origina. IV. Pela destruição da coisa, não sendo fungível, guardadas as disposições dos arte. 785, 737, 2.‟ parte, e 788. V. Pela consolidação. VI. Pela prescrição. VII. Por culpa do usufrutuário, quando aliena, deteriora, ou deixa arruinar os bens, não lhes acudindo com os reparos de conservação". E o art. 745: "são aplicáveis ao uso, no que não fOr contrário à sua natureza, as disposições relativas ao usufruto".

Nem todas as causas foram apontadas no art. 739.

2.CAUSAS DE EXTINÇÃO. são causas de extinção:

a)a morte do usuário (Código Civil, art. 739, 1), ou a extinção da pessoa jurídica usuária, ou o tempo de cem anos, a partir do momento em que podia essa exercer o uso (Código Civil, arte. 741 e 745), b) o termo de duração (art. 739, II), termo final ou condição resilitória; o) cessação da causa de que se origina (arte. 739, III, e 745); *d)* destruição do bem, não sendo fungível, observados os arte. 785, 737, 2.‟ parte, e 738 (arte. 739, IV, e 745); *e)* reunião da propriedade e do uso na mesma pessoa *(consotidatio;* art. 739, V), sendo de notar-se que, enquanto não se faz o cancelamento, o direito real de uso persiste *(e. o.,* a hipoteca feita no Intervalo somente recai na propriedade sem o uso); *f)* prescrição das palavras e ações reais; g) nas espécies do art. 739, VIII (extinção por culpa do usuário); *h)* renúncia; *i)* aquisição da propriedade, sem gravame, por usucapião.

A permissão de se transferir o uso ao proprietário foi introduzida (arte. 717, 1.8 parte e 745) para se tornar válido o acordo de transmissão, ao lado da renúncia que leva à consolidação da propriedade.

3.MORTE DO USUÁRIO E EXTINÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. A causa da morte não importa. Em caso de ausência, cf. § 2.829, 1. O art. 741 do Código Civil incide.

A extinção da pessoa jurídica, antes de se completarem os cem anos do art. 741 do Código Civil, extingue o uso. Não valeria a cláusula que estabelecesse a sucessão por outra pessoa jurídica, ou por pessoa física, ainda que se trpte de membro da sociedade personalizada.

4. DETERMINAÇÕES íNEJCÂS. O ato constitutivo pode conter cláusula de *término* ou de condição. Termo final ou condição resilitiva, que funciona, ai, como causa de extinção automática, à semelhança da morte, do perecimento do objeto, ou do decurso doe cem anos, em se tratando de uso a favor de pessoa jurídica.

A extinção em virtude de determinação mexa de termo só se dá se ao termo se chega antes da morte do usufrutuário, ou de qualquer outro fato extintivo. Ocorre o mesmo com a determinação inca de condição.

Tratando-se de uso a favor de pessoa jurídica, o termo que se marque para além dos cem anos a que ajude o art.

741 é completamente ineficaz.

Termo e condição funcionam como ponto final na duração do direito

real de uso. O Código Civil, art. 739, II, falou apenas de “termo”, mas há de entender-se que lhe atribui conceito largo (termo ou condição). Não há, a rigor, ai, fato extintivo, por se tratar de determinação mexa (Tomo V, §§ 533-552>.

5.CESSação DA CAUSA DE QUE SE ORIGINA O DIREITO REAL DE USO. “Causa”, ai, está em sentido de fonte, e não de *causa* do negócio jurídico.

Se, por exemplo, o uso foi constituído “por estar necessitado de lugar para estábulo o fazendeiro” e Esse constrói na fazenda de sua propriedade o estábulo que baste às suas necessidades, aí há condição resilitiva, e não causa.

Causa há se alguma lei especial estabelece o uso a favor da viúva, ou, em caso de divórcio, ou desquite, a favor dos filhos menores, e a viúva casa ou os filhos se tornam plenamente capazes.

*6.* DESTRUIÇÃO DO BEM GRAVADO. O perecimento total extingue o uso e a habitação, como extinguiria o usufruto. Se o perecimento é parcial, tudo se passa como se expôs a respeito do usufruto.

Se ocorre indenização pelo perecimento total, ou parcial, hão de ser atendidos os efeitos da sub-rogação real (Código Civil, arte. 735-738). A quantia tem de ser aplicada, porque a sub-rogação real nela é transitória, enquanto não se inverte em bem de equivalente usabilidade ou habitabilidade. Problema somente surge quanto aos interesses oriundos da quantia, enquanto não se dá essa segunda sub-rogação real. A resposta tem de ser afirmativa do direito do usuário ou do habitador aos interesses que *correspondem* ao uso ou habitação a que teriam direito. Tais interesses, que não resultaram de cessão de exercício, são devidos, em virtude da subrogação real, que apanha o bem e o uso e a fruição, portanto concerne à quantia e aos interesses, que ficam no lugar da usabilidade e da fruibilidade. Tem-se de avaliar o que tinha de uso, ou de uso e fruição-uso, o usuário ou o habitador, para se saber o que é que lhe toca e o que é que se há de considerar correspondente ao uso e fruição pelo dono.

Se a indenização somente se refere ao uso e à fruição, como se foi prestada por ter sido requisitado o bem gravado (Constituição de 1946, art. 141, § 16, 2ª parte), dá-se o mesmo.

O que importa frisar-se, no que diz respeito ao uso e à habitação, é que não se pode dar a sub-rogação real permanente na quantia da

indenização (Código Civil, arte. 787, 1. parte, e 738). Toda indenização pelo perecimento tatu ou parcial do bem gravado de uso ou de habitação *destina-se à* aplicação em bem de semelhante usabilidade ou habitabilidade, sem qualquer possibilidade de se transformar o uso próprio em uso impróprio. Se há o obstáculo da insubstituibilidade do objeto gravado por outro objeto, que tenha a mesma usabilidade ou habitabilidade, então se pode avaliar o que corresponde à usabilidade pelo usuário e pelo dono, ou à habitabilidade por aquele e por êsse. Cumpre, aqui, observar-se que o capital pode estar *diminuido,* em seu valor, do que perfaz o uso ou a habitação pelo titular do direito real limitado.

O quase-uso trata-se como o quase-usufruto.

O art. 737 do Código Civil incide. Lê-se no art. *787:* "Se um edifício sujeito a usufruto fOr destruído sem culpa do proprietário, não será este obrigado a reconstruí-lo, nem o usufruto se restabelecerá se o proprietário reconstruir à sua custa o prédio; mas, se ele estava seguro, a indenização paga fica sujeita ao ônus do usufruto.

Se a indenização do seguro for aplicada à reconstrução do prédio, restabelecer-se-á o usufruto" Do art. 737 tira-se que: a) que o dono do bem gravado não tem dever e obrigação de reedificação, se o perecimento foi total, e o pode reedificar sem que renasça o usufruto; b) se há pretensão a indenização por estar seguro o edifício, automaticamente se opera a sub-rogação real.

7.REUNIÃO DA PROPRIEDADE E DO USO NA MESMA PESSOA. Quando da reUnião da propriedade e do uso na mesma pessoa resulta consolidação, extingue-se o uso. Enquanto isso não se dá não se pode falar em extinção do uso. Sobre o assunto, § 2.333.

8.PRESCRIÇÃO DAS PRETENSÕES E AÇÕES REAIS. Também a respeito do uso, a lei fêz da prescrição das pretensões e ações reais elemento do suporte fático de regra jurídica de extinção. Prescrição não extingue; encobre eficácia. Mas a lei elevou a prescrição de todas as pretensões e ações reais, em se tratando de usufruto, uso e habitação, A categoria de causa extintiva. A prescrição de uma pretensão ou ação não basta; é preciso que todas fiquem prescritas. Sobre a solução técnica, a suspensão e interrupção do prazo prescricional, § 2.334.

*9.* RENÚNCIA. Com o negócio jurídico unilateral da renúncia, ou do

registro dele, se é o caso, extingue-se o direito real de uso. A propriedade integra-se em seu conteúdo, que fora restringido (cf. § 2.333).

10.AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE, SEM GRAVAME, POR USUCAPIÃO. Direito real de uso não se adquire por usucapião, mas, se alguém adquire a propriedade sem gravame, por usucapião, ouso extingue-se. A extinção é devida à incompossibilidade de existirem gravame e propriedade sem gravame.

A aquisição pode ser pelo próprio usuário.

11.SENTENÇA A PROPÓSITO DE CULPA DO USUÁRIO. O art. „739, VII, do Código Civil é invocável em matéria de uso e de habitação (arts. 745 e 748). A causa tem de ser apreciada pelo juiz, que decreta a desconstituição do direito real de uso (§ 2.335, 1). Admite-se a purga da mora, à guisa do que se passa com a enfiteuse (Tomo XVIII, § 2.182, 13). O que se disse, no § 2.835, 2, sobre credores do usufrutuário, não tem cabimento se trata de uso ou de habitação.

Os pressupostos objetivos são os mesmos que apontamos no § 2.335, 3: alienação, deterioração e ruína do bem gravado, com culpa do usuário. Na ação, é litisconsorte o adquirente do bem que se aliena. A sentença é constitutiva negativa (§ 2.335, 4).

A eficácia da sentença é desde que se deu o fato, e não desde que se profere ou transita em julgado a sentença.

Alguns juristas, por desconhecerem que há sentenças constitutivas positivas e negativas com eficácia *ex time,* caem no erro de a ter por sentença declaratória.

§ 2.385. Causa especifica

1.DESAPARIÇÃO DA USABILIDADE. Se o uso, que era conteúdo do direito real, desapareceu, trata-se a espécie como de perecimento. Se há indenização, dá-se sub-rogação real; se não há, extingue-se o uso, salvo reparabilidade, segundo os princípios já expostos.

2. REMISSÃO. Sobre indenização e sub-rogação, §§ 2.324-2.327e 2.338.

3.CAUSA DE DIREITO PUBLICO. Se a causa é de direito público, ou há indenizabilidade, ou não. Se há indenização, dá-se a sub-rogação real em bem que se preste ao mesmo uso; se não há, extingue-se o direito real.

Parte VII. Habitação

CAPITULO 1

CONCEITO E NATUREZA DO DIREITO DE HABITação § 2.386. Conceito do direito de habitação 1.CONCEITO DO DIREITO DE HABITação. O direito (real) de habitação é servidão pessoal limitada, que recai sobre todo ou parte do imóvel. O proprietário pode, ao constituí-lo, reservar-se o direito de também habitar no prédio, ou em parte dele. Só há gravame de todo o prédio, no primeiro caso; no segundo, só parte real é gravada. O proprietário tem a faculdade de reservar a outra pessoa, ou a futuro proprietário, o direito de também habitar, ou estabelecer que, à sua morte, ou a outro acontecimento, o direito de habitação passe a ser só de parte. O direito real de habitação (arts. 746-748) é outra coisa que o direito obrigacional de habitação. A eficácia daquela relação jurídica é real; a dessa, somente obrigacional.

2. TITULARIDADE. Podem ser titulares de direito real de habitação as pessoas físicas e as jurídicas (adiante,

§ 2.387, 5).

8. DEVERES E DIREITOS. No negócio jurídico (acordo), é de toda a conveniência precisarem-se os direitos e deveres, que compõem, *in* can, o direito de habitação, para que se evitem discórdias e dúvidas. Outrossim, quando se trata de habitação de todo um prédio, ou de todo um edifício, embora em terreno que seja rodeado pelo direito de uso, sem restrições, do dono do edifício, é assaz confundido com o usufruto, razão para que se ponha em relevo a categoria jurídica de que> *in casu,* se trata. O negócio jurídico obrigacional de habitação não contém em si, necessariamente, o *acordo de constituição;* nem esse o *cosuentimnão para o registro,* mas a regra é entender-se que o contém, se há alusão a efeito real. Diz o Código Civil, art. 748:

“São aplicáveis à habitação, no em que lhe não contrariem a natureza,

as disposições concernentes ao usufruto".

Teremos ensejo de discernir o que é de incidir e o que não incide. § 2.387. Natureza do direito real de habitação 1. COMPARAÇÕES. O Código Civil brasileiro considera a habitação direito real limitado similar ao usufruto e ao uso, mas distinto. Não se diferencia apenas quantitativamente dos outros dois. Rompe-se, assim, com os Sabinianos, que o reduziam a espécie de uso <POMPÔNÃO, L. 32, D., *de nau /ruetu et quemadnwdum quis utatur fruatur,* 7, 1; ULPIANO, L. 10, pr., D., *de na ei habitatione,* 7, 8: "et Papinianus consensit") e com os Proculeianos, que o ligavam ao usufruto (MÃRÇaO, segundo o § 5, 1., de *uau ei habitatione,* 2, 5>, que admitia a locação da casa gravada de habitatio. Seguiu-se a opinião de JAVOLENO Faisco e NERÁcIo Faisco, com a aprovação de ULPIANO (L. 10, § 2, D., *de nau ei habitatio,te,* 7, 8). Não se confundem a habitação e o usufruto de edifício *(una fructua aediuriO,* nem aquela e o uso d casa *(naus aeditsm)*.

A distinção tem hoje mais acentuada importância, pOsto que não se possa low a habitação (sobre o que se discutia, em termo dos textos romanos, *e. g., E.* VON JEERINO, *.ToJLrbiLChtr 11W*

*di. Dogmatik,* 12, 342 s., e HU8CHKE, Kritische Versuch tiber sonstige Pandektenstellen und Pandektenmaterlen, *Archi, 1~W di. ci,lliatiache Prazis,* 63, 462 a.).

2.USUFRUTO DE CASA E DIREITO REAL DE HABITação. O exercício do *naus fructua aedinn* pode ser cedido; o direito de habitação, não (Não. Cuz. LYNCKEE, *Diasertatio de jure habita&ntiaj* soe. VII, m. 1, 5

2>. Não há, porém, diferença quantitativa de conteúdo: o titular do direito de habitação pode habitar, na mesma estendo em que possa fazê-lo o titular do usufruto de edifício (sem rasão, O. MAIANSIUS, *Disinttationibua inria civilia,* 1, 5 6), alvo restrição.

Deixou de ter importância a diferença consistente em não se perder a *habitação* pelo *iwn naus;* porque, no sistema jurídico brasileiro, pelo não uso não mala as perdem o usufruto, o uso e a habitação (cp. L. 10, pr., D., *de neo ei habitaflone,* 7, 8). Tão pouco, tem acolhida no direito de hoje a concepção do legado de *habitatio* como pluralidade de legado. (legado múltiplo>, para cada dia (cf. L. 1, pr., D., *quando dita naus friwtna legati cedai, 7,* 3; 1. 15, pr., D., *de nem ei nau fruem ei reditu ei habitatione ei operia per legatum ni fideicommissurn datis,* 33, 2; todavia, se constituída por doação a *habitatio,* L. 35, § *7,* D., *de monja*

*causa donationibus ei capionibus,* 89, 6, entendia-se um só o direito, extinguindo-se como o usufruto e o uso, O. L. BoEHMEIt, *Programnut, Observationes ad sententiam Modestini in L. 10, D.,* de *cap. minui. contin.,* § XI).

3.INCESSIBILIDADE DO EXERCICIO. Sempre que o constituinte do uso fala de "livre habitação", "pan sua habitação, querendo", "para que nunca lhe falte onde habite", tem-se de indagar se concebeu como cessivel o exercício do direito, ou não. Se o concebeu como celeavel, constituiu usufruto, e não habitação. No direito brasileiro, a solução há de ser a que não admite cessibilidade do exercício do uso ou da habitação <cf. O. F. E.

SINTENIS, *Das praktiache gemeine Civ ilrechi,* 1, 566; O. F. PUCHTA, *Pandektn, 9.~* ed., 55 179 e 180, 273

a.; O. O. VON WXCHTER, *Pandelcten,* II, 238 a.).

Se os frutos estavam compreendidos naqueles que se tinham como frutos-uso, transmitem-a aos herdeiros do usuário. Idem, quanto ao habitador. A opinião de F. CoNNANUS <*Comnentanãorura inris civilia,* 239) era diferente; e o próprio CRI. FR. VON GLOCE <*Áuaf*<*Utrlickd EnfJM&tenmntg der Pandecien,* IX, 452) deixou-se impressionar pela L. 12, 5 1, D., *de uau ei habjiatione,* 7, 8 (ULrIÃNO), *verbia* "ad usum cottidianum", "non usque ad compendium>", que, na discussão, é sem pertinência, salvo para se afastar o direito aos frutos pendentes ( o art. 721, parágrafo único, não é invocável em se tratando de uso ou de habitação).

4.DURação DO DIREITO REAL DE HABITação. Se não se disse qual a duração do direito de habitação, entende-se que se constituiu para toda a vida do outorgado. ULPIANO, na L. 10, Se o proprietário ou enfiteuta se reservou também habitar a casa, há habitação fáct ica pelo proprietário ou enfiteuta e direito de habitação pelo titular do direito real limitado.

CAPITULO II

OBJETO E CONTEÚDO DO DIREITO DE HABITação § 2.388. Objeto da habitação 1.OBJETO DO USO E DA HABITação. No sistema jurídico brasileiro não há regra jurídica que diferencie do uso a habitação no sentido de se poder dizer que o limite do direito de

habitação seja a *necessidade* do titular e de sua família; de jeito que, no que a casa aceda, ou venha a exceder as necessidades do titular, ou dele e de sua família, não incidiria sobre ela o direito de habitação <cp. Código Civil italiano, art. 1.022). A regra jurídica sobre "necessidade" só .se e~ten~e quanto à fruição-uso e à fruição-habitação.

2.NÃO SE TRATA DE SERVIDÃO, NEM DE USO RESTRITO. O direito de habitação é direito real limitado, como o usufruto e o uso. O sistema jurídico.forrou-se a construí-lo como direito de servidão pessoal.

Pode-se estabelecer que a habitação abranja mais do que a ocupação com a família, isto é, do que o necessário à pessoa e à família, É o que se há de entender se falou da casa, sem se restringir o objeto da habitação. Portanto, ainda em caso de dúvida, se há de interpretar contra a restrição a alguma parte.

3.ACESSÕES, PERTENÇAS E DIREITOS ACESSÓRIOS. Salvo disposição em contrário, o usufruto estende-se às acesse, pertenças e direitos acessórios (Código Civil, art. 716). É de discutir-se se a regra jurídica, *dispositiva,* do art. 716 também incide em matéria de uso ou de habitação. No direito alemão, o § 1.031, que se refere a imóveis, estabelece que o usufruto apanha as pertenças, segundo os princípios do § 926: a regra jurídica do § 926, alínea

□

1~a, 2 a parte, é *interpretativa.* Dai ser interpretativa no tocante à habitação. A solução brasileira é melhor.

§ 2.389. Conteúdo da habitação

1.CONCEITUação. Conteúdo da habitação é o habitar; não necessariamente residir, nem, tão pouco, fixar domicilio.

Pode-se habitar, sem ser o lugar do domicilio aquele em que se habita. A residência é fato, de modo que, na grande maioria dos casos, quem habita reside. Mas no conceito de habitação abstrai-se do residir e do domiciliar-se. Frise-se Esse traço distintivo.

2 Posse. O habitador tem direito à posse de tudo que s~ inclui no

direito de habitação. Se tem a posse que é imediata depende dos fatos: posse é poder fático. Se alguém foi posto na casa pelo habitador, a titulo de locatário ou outro semelhante, mediatiza-se a posse do habitador, mas o contrato entre ele e o outorgado é *ineficaz,* porque corresponde, no plano do domínio, ao que fizesse o não-dono. Posto que, no art. 746, o Código Civil diga que, "quando o uso consistir no direito de habitar gratuitamente casa alheia, o titular deste direito não a pode alugar, nem emprestar, mas simplesmente ocupá-la com sua família", havemos de entender que a infração se aprecia no plano da *eficácia,* e não no plano da *validade.*

3.FRUTOS E HABITação. A propósito dos frutos, nenhuma regra jurídica sobre a habitação há que permita crer-se em que a habitação no direito brasileiro se modele pelo usufruto, e não pelo uso. O art. 748 diz: "são aplicáveis à habitação, no em que lhe não contrariarem a natureza, as disposições concernentes ao usufruto"; mas, a respeito do uso, há regra jurídica semelhante a essa (art. 745: "São aplicáveis ao uso, no que não fOr contrário à sua natureza, as disposições relativas ao usufruto"). De modo que se tem de perguntar, primeiramente, se o art. 742 que regula a percepção de frutos como uso *reconheceu* tal direito ou o criou, ou *evitou* que se tivesse do uso conceituação em que ele só quantitativamente se distinguiu do usufruto.

Não se pode dizer que o habitador não faça seus, habitando a casa, o fruto que entra no conceito de utilização da casa. Os exemplos mais expressivos são os dos frutos das árvores plantadas no pátio interno, ou nos corredores, ou em termo da moradia, no que ela se separa do sítio desfrutável pelo nu proprietário. O limite conceptual da *habitatio* é que importa.

4.HABITação E EXERCÍCIO DA HABITação. Quem é titular de direito real de habitação ou tem direito à posse exclusiva do bem gravado, habitando só, ou com as pessoas a que se refere o art. 744, mais os que regularmente habitam com o titular *(e. g.,* o menor que ele cria), ou tem direito á composse, ou à posse *pro divisa.* Depende do titulo. A casa pode abranger todo o bem <casa e jardim, casa e quintal), ou somente o edifício, parte do sitio, ou da fazenda. A delimitação, aqui, é quanto ao conteúdo do direito de habitação: gravado é o bem todo. O que se poderia alugar pode ser conteúdo do direito de habitação, embora o direito do locatário seja pessoal e transmissível e o direito de habitação seja real e intransmissível.

Por vêzes, tem-se de decidir se o que se constituiu foi usufruto da casa, uso ou habitação. Se o outorgado pode locar, há usufruto, e não uso ou habitação. Se a casa não se presta à habitação mas a depósito, ou outra utilização semelhante, sem se poder locar, há uso, e não habitação.

5.AÇÕES. O habitador tem a pretensão vindicatória, a confessória e a negatória (TH. XIPP, em B.

WINDSCHEID, *Lehrbuch,* 1, 9.~ ed., 1.106). Tem as ações possessórias, segundo os princípios (§ 2.351).

§ 2.390. Deveres do habitador

1.GUARDA, CONSERVação E PAGAMENTOS DE FOROS, PENSÕES E IMPOSTOS mis. O habitador tem os deveres que teria se usuário ou usufrutuário fosse; mas havemos de distinguir o que é pertinente à habitação sem o ser aos demais usos, o que só diz respeito aos frutos e o que, recaindo sobre o necessário à fruição ou sobre essa, não se refere a frutos-uso, que toquem ao habitador. Os frutos usos que tocam ao habitador usos-habitação são inclusos no exercício do direito de habitação.

Tem o habitador o dever de guarda e de conservação daquilo em que habita. Na distribuição das despesas, incide o art. 734 do Código Civil.

Em virtude do art. 748, o que se disse a propósito do usufruto (§§ 2.276-2.283) e do uso (§ 2.871) é de lembrar-se.

2. REPARação. É de PAULO (L. 18, O., *de usu et habitatione, 7,* 8): “Se legou uso de casa sem o fruto, a reparação da casa em bom estado de tectos *<iii sartis tectis)* é comum ao herdeiro e ao usuário. Mas vejamos se, percebendo o herdeiro os frutos, não deva ele mesmo repará-la, e se, sendo a coisa, cujo uso foi legado, em verdade, tal que o herdeiro não possa perceber os frutos, há de ser o legatário obrigado a repará-la:

[distinção que tem razão de ser]”. O “quae distinctio rationem habet” foi interpolado. As espécies são três: a) uso (ou habitação) sem quaisquer frutos; *b)* uso (ou habitação), mas frutos para o dono (ai, herdeiro) ; *c)* uso (ou habitação) e frutos existentes mas só percebíveis pelo usuário, por alguma circunstância da coisa que impeça a

percepção pelo dono (ai, herdeiro). Na espécie *c),* não há frutos *extra usum:* todos os frutos são percebidos pelo usuário. Na espécie a), não há frutos. Na espécie *b),* há frutos, que só o dono percebe.

O usuário repara segundo o art. 733, 1, e o dono, segundo o art. 734 do Código Civil. Se a reparação ordinária só interessa à fruição e essa pertence, toda, ao dono, a ele incumbe reparar; se a ambos, a reparação é *vi-o rata fructum;* se só ao usuário, só a êsse incumbe reparar. A reparação extraordinária, essa, incumbe sempre ao dono. Daí a necessidade de discriminação.

3. CÓDIGO CIVIL, ART. 733, II. Por fOrça do art. 748, o art. 733, II, do Código Civil incide em matéria de habitação. Escusado seria advertir-se em que é preciso que a habitação seja toda a utilidade do prédio, ou, se há outro uso ou outro uso e fruição, que se atenda à proporção em que os titulares hajam de concorrer. Não se poderia exigir que o habitador da casa de fazenda, que não é a única utilidade dessa, e talvez seja a menor, acarrete com todos os incômodos, havendo outrem que tem os cômodos.

Foi discutida a incidência do art. 783, II, do Código Civil, em se tratando de direito de habitação (art. 748), e a 3. Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 18 de abril de 1945 *(R. dos T.,* 161, 142), frisou, acertadamente, a invocabilidade do art. 733, II, em virtude do art. 748 e dos princípios gerais.

4. BENFEITORIAS. A respeito de benfeitorias feitas pelo habitador, ou pelo dono do prédio, regem os princípios que foram expostos ao se cogitar do usufruto (cf. 1.8 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 30 de março de 1948, *R. dos T.,* 178, 668).

Se o habitador faz as reparações extraordinárias de que fala o art. 734, que incumbem ao proprietário, omisso em custeá-las, nasce-lhe crédito contra o proprietário. Para iniciá-las deve o habitador pôr em mora o proprietário, mediante interpelação. Se contra êsse propõe ação de condenação, ou cominatória, pode pedir, pendente a lide, que o juiz lhe permita fazê-las, porém as despesas são a seu cargo se a ação se julga improcedente.

O que se disse sobre as reparações necessárias também se há de entender a respeito da inversão, pelo habitador, de quantia necessária para completar a indenização que se recebeu e se há de empregar em reconstrução.

Sempre que o habitador deixa de despender o que é de mister à conservação do bem gravado (art. 733, 1) ou o proprietário se recusa a custear as reparações extraordinárias, tem, ali, o proprietário e, aqui, o habitador ação declaratória, condenatória ou de preceito cominatório. A ação condenatória leva à eficácia executiva, permitindo a ação de execução em que se penhorem bens do proprietário, inclusive o bem gravado, ou outros bens do habitador, uma vez que o direito de habitação é impenhorável.

Se o que tem o direito de habitação não se julgava habitador, mas dono, ou titular de direito que lhe dava a posse, às suas benfeitorias aplicam-se as regras jurídicas concernentes às que são feitas pelo possuidor de boa fé, porque foi como tal que as fêz. Se não tinha direito de habitação e as fêz como habitador, responde conforme os princípios que regem as benfeitorias feitas pelo possuidor, e não pelos que regem as benfeitorias feitas pelo titular de direito real limitado.

CAPITULO III

EXERCÍCIO DO DIREITO DE HABITação § 2.391. Liga$o à pessoa do habitador 1.USO E HABITação. A respeito do usufruto, do usa e da habitação, há, no sistema jurídico brasileiro, o traço comum de serem incessíveis. A lei permite a cessibilidade do exercício do usufruto; não a do exercício do uso ou da habitação.

2.MORTE DO HABITADOR. Morto o habitador, extingue--se o direito real de habitação. É outra conseqüência da ligação de tal direito à pessoa do titular. Isso não quer dizer que se proíba a constituição de habitação fiduciária ou para quando cesse o direito real de habitação que ainda é eficaz. Os princípios que foram expostos quanto ao usufruto (§§ 2.313-2.815 e 2.317, 2) e ao uso (§§ 2.374 e 2.375) têm aqui todo cabimento. O que não se pode construir é a habitação herdável ou transmissível

§ 2.392. Exercido direto

1.HABITação *nónu.* Quem habita usa, porém nem todos que usam habitam, ou sã habitam. *HatdtaUO* é um dos usos. Usa-se o prédio, habitando-se nele. No direito de hoje (Código Civil, art. 746>, o habitador não pode lotar, nem ceder a habitação, ou o seu exercício. No direito romano, a L. 2, D., *de nau et nau frtctu et redjiu et habitatione*

*et aperta per legatum rei fideieommisaurn <Latia,* 83, 2, fala da locação do escravo sujeito a uso; e outras passagens aludem à locação. No art. 746 do Código Civil, foi cortada toda a dúvida: "Quando o uso consiste no direito de habitar gratuitamente casa alheia, o titular deste direito não a pode alugar, nem emprestar, mas simplesmente ocupá-la com sua família".

2.RELAÇÕES ENTRE O HABITADOR E PESSOAS ALOJADAS NA CASA HABITADA. O habitador pode habitar com o conjuge, filhos solteiros e quaisquer pessoas que tenham de habitar com ele. A enumeração do art. 744 somente diz respeito aos frutos usos; aqui, frutos-habitação. Tem sido erro considerar-se exaustiva a enumeração do art. 744 fora do problema dos frutos usos e, portanto, dos frutos-habitação.

3.INDENIZação SEM EXTINÇÃO DO DIREITO DE HABITação. Se, em caso de perecimento do prédio ou do edifício, sem que se extinga o direito real de habitação, há indenização, bem assim se há desapropriação (§§

2.338 e 2.381), durante o tempo em que se aguarda a aplicação da quantia na construção ou reparação da casa, os interesses são tratados como frutos-habitação.

A desapropriação pode ser só do direito real de habitação, ou do domínio e do direito real de habitação. A requisição expropriativa trata-se como a desapropriação (Tomo XIV, §§ 1.613, 2, 1.617, 1, 1.627, 2, 4, 1.628, 1, e 1.629).

A indenização pela desapropriação ou pela requisição ou se faz ao dono e ao habitador, separadamente, ou globalmente aos dois, o que é a regra quase inexcetada. O direito brasileiro adota o *principio da unicidade da indenização.*

Não é o dono o único sujeito passivo da ação de desapropriação; o habitador também o é. A indenização não é paga somente ao proprietário; é paga aos dois, a um como dono e ao outro como titular do direito de habitação (Tomo XIV, § 1.613, 1, 5, 6).

CAPITULO IV

EXTINÇÃO DO DIREITO REAL DE HABITação § 2.393. Causas de extinção do direito de habitação 1. CAUSAS DE EXTINÇÃO. As causas

de extinção do direito pessoal de habitação regem-se pelo direito das obrigações; as do direito real, pelo art. 739 (art. 748).

São causas de extinção do direito real de habitação:

a)A morte do habitador (arts. 739, 1, e 748); se há mais de um, como se tem o direito o casal, ou se o têm o casal e os filhos, ou o titular e os filhos, a morte do último; ou a extinção da pessoa jurídica, ou passados os cem anos do art. 741. Extinção *ipso jure.*

O art. 740 é de invocar-se, mas, se os co-habitadores são marido e mulher, pai ou mãe e filhos, ou os irmãos A, B e O, ou as irmãs A, B e C, há de interpretar-se que houve cláusula expressa de não se extinguir por partes, porque seria forçar habitação com outros, estranhos, a que fossem as partes.

b) O termo da sua duração (arts. 739, II, 748), porque não é sempre vitalício o direito de habitação. Extinção *i~rno jure.*

Termo está, aí, por termo ou condição. Uma das condições típicas é a da habitação "enquanto solteira". Outra, a da habitação "enquanto casado com minha filha" (ou com B).

c>A cessação da causa de que se origina (art. 739, III, e 748>, *e. g.,* se estabelecido a favor dos filhos da mulher, sobre casa de propriedade do marido, sobrevindo desquite. Extinção *ipao inre.*

d) Destruição da casa, salvo nos casos dos arts. 735, 737, 2.8 parte, e 738 (art. 739, IV, 748>. Extinção *4>ao jure.*

e) Pela consolidação (arte. 739, V, e 748).

f> Pela prescrição (arts. 739, V, e 748). As pretensões e açoes prescrevem; a regra jurídica do art 739, V, faz suporte fitico *seu* o fato da prescrição segundo o art. 177, 2.8 parte.

Na L. 10, D., *de une et habitatione,* 7, 8, ULPEANO dá-nos noticia da questão do trato igual ao uso e à habitação; e diz, em resposta, que, quanto à eficácia, é quase a mesma, invocando a PAPINIANO. E acrescenta que não passa ao herdeiro, nem se perde pelo não-uso, *neo non utendo amittitur.* Assim,

.1.Varr *(Commentarius ad Partdectas,* 1, 390) explicou-o, de acordo com as regras jurídicas sobre alimentos *(quia habitatio est alimento-rum pars)* e porque "habitatio in facto magis quam in iure consistit". Foi essa lição que influiu no direito anterior ao Código Civil, para se ter

por inextinguível, pelo *non uns,* a habitação (cf.

MANUm. DE ALMEIDA E SOUSA, *Motas de Uso Prático,* III, 567; LAPAIETE RoDRIGUES PEREIRA, *Direito das Coisas,* 1, 299).

O problema de técnica legislativa apenas se esboçara.

O que habita pode somente morar, não pode tirar da casa outras comodidades e interesses, o que se permitiria quanto ao uso e ao usufruto. Já ai uso- e habitação se distinguem. Porém, para se responder à questão da extinção da habitação pelo não-uso, tem-se, *hoje,* de perguntar se o usufruto e o uso se extinguem pelo *non nus.*

Ou se conceberia a extinção dos direitos de usufruto, uso e habitação, ou o simples fato da prescrição das pretensões e ações reais *(exceptio praescriptionis*>. No segundo casa, o direito permaneceria; só encoberta lhe ficaria a eficácia.

Como a respeito do usufruto e do uso, o Código Civil repeliu a extinção pelo não-uso, e adotou a solução da extinção pelo fato de se terem prescrito as ações reais do titular do direito de habitação.

g) Pela culpa do habitador, quando aliena, deteriora, ou deixa arruinar os bens, não lhes acudindo com os reparos de conservação (arte. 739, VII, e 748). Extinção em virtude de sentença constitutiva negativa, que se tem de averbar por cancelamento (Decreto n. 4.857, art. 178, c), V). Eficácia a partir do ato lesivo.

h)Pela renúncia.

i)Se o terceiro adquiriu a coisa com o caráter de livre de direitos reais, ou, pelo menos, do direito de habitação.

2. PERECIMENTO COM RESÍDUOS. Se há perecimento com resíduos, ou os resíduos se prestam à reconstrução, ou são de todo insuficientes. O direito real de habitação extingue-se se a *rei mutatio* importa em menosprezo à destinação econômica especial, que é a de habitação.

O habitador, que, antes do perecimento parcial, ou com resíduos, ocupava todo o edifício, pode satisfazer-se com outro menor, se a habitabilidade persiste, embora haja de ser diminuído o pessoal aderente (filhos solteiros, filhas viúvas, enteados, domésticos).

Se há indenização que não é suficiente para se reconstruir o bem

gravado com a aconselhada amplitude ou pormenores do que foi destruído, como se o terreno é de valor alto e a inversão da indenização, tal como é, não bastaria para reconstrução que se justificasse, ou a) habitador e proprietário acordam em que a habitador inverta o restante, tornando-se, também, condômino, ou o habitador o faz por sua conta, sem se constituir condômino, ou o), por ser necessária a inversão, propõe a ação para que o juiz dê permissão para a inversão, após declarar a necessidade, para o proprietário e para o habitador, de se completar a importância. Nasce ao habitador, com a conclusão das obras, pretensão à indenização (por analogia, arte. 734, 1.8 parte, 737, alinea 1.‟. *in une,* e 521 >.

O proprietário tem pretensão para, em caso de insuficiência da indenização, se constranger o habitador a declarar se quer completar, ficando nas situações, a), *b),* ou o), ou se submete à solução do art. 734, 2.8 parte.

Tais os princípios do direito brasileira.

Se o proprietário, devida, por exemplo, à elevação do valor do terreno, quer reconstruir o edifício com projeto nOvo *(e. o.,* oito andares, em vez de um, ou dois, que tinha o edifício destruído >, o habitador tem direito a habitar o que corresponda ao valor do terreno *mais* a indenização *menos* o que for invertido a mais na reconstrução. Assim, também, *mutatis >nutarg4 La,* se acorda em que se venda o excesso. § 2.394. Causa especifica

1.INABITABILIDADE. Pode dar-se que o prédio não pereça, mas se torne inabitável. A solução é tratar-se a espécie como de perecimento. Ter-se-á de saber se a causa de se fazer impróprio à habitação também o é de indenizabilidade, ou não. Se o é, o importe da indenização fica no lugar do objeto habitado (sub-rogação real).

Incidem os princípios que foram expostos (I§ 2.324-2.327, 2.338).

2.CAUSA DE DIREITO PUBLICO. Se a causa é de direito público, tem-se de saber se há indenizabilidade, ou possibilidade de alienação para ocorrer sub-rogação real.

Parte VIII. Renda sobre imóvel

CONCEITO E NATUREZA DA RENDA SOBRE IMÓVEL § 2.395. Conceito de renda sobre imóvel 1.CONCEITO HODIERNO Chama-se direito de renda constituída sobre imóvel, ou direito de renda imobiliária, ao direito real de renda sobre o imóvel, em virtude do qual nascem as pretensões às prestações de renda. O titular do direito de renda é titular de direito unitário, real, que grava o imóvel. Não tem posse (Tomo X, § 1.067, 8), nem qualquer poder de intervenção no corpo do imóvel; apenas tem o direito de haver certo valor, mas tem pretensão contra toda turbação e contra futuras turbações, inclusive se partirem do próprio proprietário, bem como, se ocorreu inscrição inexata, a pretensão de retificação do registro. O direito real de renda nenhum poder dá sobre a coisa, salvo o de execução forçada das prestações vencidas e a pretensão à abstenção de esbulho e turbações. Não há qualquer *uso* (sem razão, H. Sínn, Zur meorie von Schuld und Haftung, *Jherings Jahrbiicher,* 50, 156; H. RABE, *Rechtliche Natur der Grundsckuld,* 98 s.; certo C. CItoME, *System,* III, 610 s.). A sua maior semelhança é com a hipoteca (cf. C. VON SCHWERIN, *Schuld und Haftung,* 20; O. Scnnmn, *Schuld und Haftung,* 1, 838 s.).

Quem presta a renda é o *rendeiro.* Quem a recebe é o titular do direito real do direito de renda, o *rentista.*

Àquele se chama *censuário;* a Esse, *censui.sta* (FRANCISCO PINHEIRO, *De Cenas et Emphpteuui Tractatus,* 8). Só os bens imóveis podem ser objeto do gravame. POste que a Bula de Pio V (1569) não tenha sido recebida em Portugal e no Brasil, a concepção do Código Civil é essa (sobre a Bula de Pio V, L CENSXIJS, *De Censibus,* 20 s.; LEONELO PERUGINO, *Glossae ad Buliam Pii* 1", II, 348).

2.DIREITO REAL LIMITADO. O direito real de renda sobre imóvel é direito real limitado, como o usufruto, o uso, a habitação e os direitos reais de garantia. É algo de intercalar entre eles: não contém uso, nem fruição, nem o imóvel garante. A renda é prestação. Tão pouco se há de confundir com a *divida imobiliária* (Grundschuld), que o Código Civil brasileiro não recebeu.

A princípio, os juristas assaz se preocuparam com o fato de se ter feito direito real o que era pessoal: o direito à renda. Alguns apontavam a *contradictio in adjecto;* outros procuravam reduzi-la ou apagá-la. Para isso muito concorreu o não se ter prestado suficiente atenção ao negócio jurídico básico e ao acordo de constituição, que é abstrato: desse é que provêm o direito real, e não daquele. & Por que se há de ter por pretensão real a pretensão a que alguém preste? Ora, obrigado é somente o dono do imóvel, a cada momento; alienando-o, deixa de

ser obrigado. No entanto, houve quem acoimasse a renda sobre imóvel como "cometa jurídico", tal a perturbação na sistemática do direito a concepção traria (L. MANN, *Untersuchungen ilber den Begrifi der Reallasten,* 12).

A semelhança com a hipoteca foi trazida à discussão (por exemplo, I~. DUNCKER, *Ne Lehre von den Reaflasten,* 6s.; E. FRIEDLIEB, *liXe Rechtstheorie der Realiasten,* 120 s.). Trata-se de direito absoluto, real, e como tal há de ser considerado nos concursos de credores, inclusive falenciais (cf. K. E. PYLVGER, fiber die rechtliche Natur der Reallasten, *Ârckiv ftr die civili*tiClW Frazia,* Si, 292-828).

A renda pode ser a favor de quem seja o proprietário de outro imóvel, ou de quem seja titular de algum patrimônio (cf. Código Civil alemão, 5 1.105, 2.‟ alínea; Código Civil suíço, art. 782, 2.‟ alínea). Titular do direito real de renda sobre imóvel é o dono atual do imóvel, e não há pensar-se em servidão, nem em fundo *dominante.* A indicação do imóvel apenas serve para se dizer quem é o titular. Qualquer outra explicação assimilaria a renda sobre imóvel & servidão.

*Na dúvida* entre se ter constituído direito real de renda sobre imóvel ou enfiteuse, tem-se por enfiteuse o que se constituiu (JORGE CABEDO, *Decisiones,* d. 153). Se foi determinado o tempo, ou não se deixa ser perpétua a renda, não há margem à dúvida: há renda sobre imóvel.

8.DURação DO DIREITO na. CLOVIS BEVILÁQUA *(Código Civil comentado,* III, 310) tirou do art. 1.424, *verbis* "por tempo determinado", a conclusão de que a renda sobre imóvel somente pode ser temporária: "A renda deverá ser temporária (art. 1.424). Razões de ordem econômica levaram o Código a repelir as rendas perpétuas, que criam vínculos em desarmonia com a índole do nosso direito". O art. 1.481 remete aos arts. 749-754; o art. 749, aos arts. 1.424-1.431. Assim, a interpretação, que deu, a despeito de ser abstrato o acordo de constituição, desce às regras jurídicas sobre negócio jurídico básico para supor inserto na matéria dos arts. 749-754 o "por tempo determinado" que aparece no art. 1.424. Seria a solução semelhante à de alguns direitos locais alemães *(e. 0~,* Prússia, Bade e Héssia).

>~ Qual seria o "tempo determinado"? ~ A vida do titular do direito de renda sobre imóvel? Seria criar-se laço pessoal que não existe, seria pensar-se na *rente via gêre.* ~ Um século, dois séculos? Tudo isso é arbitrário. No próprio direito alemão que disciplinou, no direito das obrigações, a renda N‟italícia *(Leibrente),* não se foi buscar aos §§

759-761 argumento para se reputar necessariamente por prazo determinado ou à vida o direito real de renda sobre imóvel.

Deixou CLOVIS BEVILÁQUA de atender a que o direito real de renda sobre imóveis é direito *indevendente* de qualquer direito pessoal e a que o direito real de renda sobre imóveis é transmissível a causa de morte e entre vivos, O prazo determinado pode ser inserto no ato constitutivo; se não se disse perpétua a renda, entende-se vitalícia. Mas, temporária ou não, é remível o bem imóvel.

O argumento de CLOVIS BEVILÁQUA foi o da remissão do art. 749 ao art. 1.424. Quando as leis remetem a algum artigo, ou grupo de artigos, não fazem incidentes, em toda a extensão e particularidades, os textos referidos: somente <tem incidir as regras jurídicas que atendam à natureza ou à concepção do instituto em cujas regras jurídicas se aludiu às regras jurídicas concernentes ao outro. No Projeto primitivo, art. 84&, CLÓVIS

BEVILÁQUA incluíra a limitação necessária de tempo: “Todo aquele que tem a livre administração dos seus bens pode constituir sobre a totalidade dos imóveis ou sobre uma parte deles uma renda, por tempo determinado, por ato entre vivos ou de última vontade”. A regra jurídica projetada foi suprimida. No atual art.

749, não havia qualquer referência aos arts. 1.424-1.431, ainda quando, tendo sido suprimida toda a matéria dos arts. 749-754 do Código Civil, foi reinserta, sem o art. 848 do Projeto primitivo, onde havia a referência a prazo determinado. No *Parecer* (804) de RUI BARBOSA é que aparece a impertinente alusão aos arte. 1.424-

-1.481,mas sem que se possa atribuir a essa emenda superficial argumento a favor da volta à necessidade da determinação de prazo, que se repelira ao se riscar o art. 848 do Projeto primitivo.

O direito brasileiro não tem a renda pessoal perpétua; tem a renda real perpétua, remível pelo dono do imóvel gravado, como as rendas temporárias.

O negócio jurídico bilateral de que cogitam os arts. 1.424 -1.430do Código Civil corresponde ao *census personal is.*

O nome é que é oriundo do Código Civil francês, art. 1.909.

A renda sobre imóveis é o *census (realis) in re immobili.*

1.PRESSUPOSTOS. A cada período, a que corresponda a renda, nascem direitos e pretensões singulares à prestação de valor, donde a pretensão contra o proprietário. Se a divida singular está prescrita (art. 178, § 10, II), não se extingue: o proprietário ao tempo da prescrição, ou seu sucessor na propriedade, tem obrigação encobravel pela exceção de prescrição; o proprietário, que alienou, depois do vencimento, não é pessoalmente responsável, e pode ser executado o imóvel pelas dívidas atrasadas; o adquirente tem responsabilidade pessoal pelas prestações vencidas antes da aquisição: pode solver a divida, e é obrigado a isso. A diferença entre o sistema jurídico brasileiro e o alemão é enorme: no direito alemão, a pretensão pessoal à prestação singular só se dirige contra o

que era proprietário ao tempo do vencimento (§ 1.108) ; continua devedor, ainda se aliena o prédio; o adquirente posterior não sucede ao alienante, de modo que nenhum proprietário é pessoalmente obrigado pelos atrasos ao tempo que corresponde aos antecessores, salvo herança ou assunção de divida. No direito brasileiro, o proprietário sucede aos antecessores, de pleno direito (art. 750: "O pagamento da renda constituída sobre um imóvel incumbe, de pleno direito, ao adquirente do prédio gravado. Esta obrigação estende-se às rendas vencidas antes da alienação, salvo o direito regressivo do adquirente contra o alienante"). A solução suíça e brasileira mais se coaduna com a concepção do direito real de renda, O dever real é inseparável da propriedade e não pode ser transferido sem ela; nem ela se transfere sem o direito real limitado se transferir: o dever de prestar está com o proprietário de cada momento, em que se vence a prestação, mas transmitem-se a divida, a obrigação e as demais situações passivas ao adquirente do imóvel. Não se trata de responsabilidade por divida alheia, mas de sucessão de dívida por força. de lei (art. 750, *verbis* "de pleno direito"), congentemente. Porém não só a obrigação de prestar a renda passa ao adquirente, também a mora, as penas convencionais e o mais que em virtude do direito real e das pretensões singulares se devia. Se, na contribuição de renda, se ingeriu a cláusula de não se transferir ao adquirente a dívida, é nula (art. 750 e 145, IV); se tal cláusula foi inserta no negócio jurídico de transferência da propriedade, ainda que se haja logrado inscrição, é ineficaz (H.

LEi]MANN, Sachenrecht, *Koinmentar* de M. GMtht, IV, 2, 656). O que o adquirente pode fazer é pessoalmente obrigar o alienante por mais do que o que lhe traria a ação regressiva do art. 750, 2ª parte. O art.

750, 1.8 parte, contém regra jurídica cogente; não no é a 2.8 parte: o adquirente pode ter assumido a dívida e não ter ação contra o alienante. Para a incidência do art. 750, alínea 1.8, não importa qual o modo por que se adquire. No caso de execução forçada, o arrematante ou recebe o bem, com o gravame e a sucessão das dividas adqüíridas, ou o recebe livre de tais dívidas. Para que o receba livre delas, é preciso que se haja pago ao titular do dire ito real de renda a importância delas, como se o exeqüente foi o próprio titular do direito real de renda. Quando se transcreve o titulo do adquirente do imóvel gravado com o direito real de renda, a sucessão passiva opera-se, de pleno direito.

Se o imóvel foi dividido, com averbação (Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, art. 285) que realize o desmembramento, ou a transcrição da sentença de divisão (Decreto n. 4.857, art. 242), o proprietário ou proprietários continuam sujeitos passivos do direito real de renda, tenha, ou não, havido mudança subjetiva na relação jurídica de propriedade. Dá-se o mesmo se o direito real de renda recai em dois ou mais imóveis, de proprietários diferentes, e um só desses adquire os outros imóveis. Não se estabelece solidariedade.

a)A divisão do direito real de renda só se dá se a prestação é divisível; lO se o não é, a comunhão dos sujeitos passivos é à semelhança do condomínio. A divisão dos ônus reais é proporcional ao tamanho das partes. Se bem que a prestação seja divisível, podem os figurantes da constituição de renda real, ou o figurante do negócio jurídico unilateral, estabelecer que se opere a divisão; ou que se opere a distribuição do grava-me, a despeito da indivisibilidade da prestação. Dai a natureza só interpretativa das duas regras a) e 1». Para a alienação de parte do imóvel, distribuindo-se o gravame, é preciso que haja assentimento do titular do direito real de renda.

Se, em virtude de negócio jurídico entre vivos, ou a causa de morte, o imóvel gravado passa a dois ou mais proprietários, o direito real de renda continua a agravá-lo no todo (art. 754: “No caso de transmissão do prédio gravado a muitos sucessores, o ônus real da renda continua a gravá-lo em todas as suas partes”).

O conteúdo do direito real de renda pode ser alterado por negócio jurídico ou por lei, inclusive transformando-se em prestação pecuniária a que o não

.0 direito real de renda pode ser a favor do proprietário de outro imóvel (sujeitos totais, ativo e passivo). Nada obsta a que se dê tal direito a pessoa jurídica. Nem a que se estabeleça fideicomisso.

*Inadmissível a constituição real de renda sobre parte *real* de imóvel, posto que seja permitida quanto a ararts.meu 40"7 te (comunhão *pro dit"iao)*. Quanto a partes ideais, 6 preciso que exista comunhão (= que tenha cada uma o seu dono ou que haja, pelo menos, dois donos de partes ideais); porém, se houve constituição de dois ou mais direitos reais de renda, não se dá unificação desses direitos, salvo nôvo acordo e registro. Ainda que se ext inga a comunhão, a execução forçada pode ser somente quanto a uma das partes ideais (3. EmMANN, *Saekenreckt,* 422).

2.TrruLnmÁên. Pode ser titular do direito real de toda pessoa física, ou jurídica (renda real subjetivamente pessoal), ou o proprietário a cada momento de certo imóvel (sujeito total ativo; renda real subjetivamente real).

Aquele é transmissível, na dúvida, entre vivos e a causa de morte; Asse é parte integrante da propriedade do imóvel, a favor de cujo proprietário se concebeu, e inseparável dela: se divide o prédio cujo dono foi favorecido, subsiste para os novos bens em que se dividiu; salvo se o proprietário, ao ser feita a divisão, declara que a titularidade passa a ser de uma só das partes tomadas *res,* ou de algumas delas. Pode o ato constitutivo ter prescrito isso; na dúvida, entende-se que se precisa da declaração posterior do proprietário do dédio para se saber se o direito se concentrou numa só, ou em alguma das partes tornadas *res.* Tal declaração pode ser averbada antes de se fazer a divisão; feita a divisão, dela deve constar ou ser averbada antes. Se a renda só é útil a uma das porções idependentizadas, não se pode atribuir a quem dela ou a quem delas não se poderia aproveitar (regra jurídica cogente, cf. O. PLANa, III, 748, nota 4, sobre o § 1.109 do Código Civil alemão). A união do. prédio a outro é sem qualquer influxo sobre a existência e o conteúdo do direito real de renda (O.

PLANCK, *Kommentar,* III, 749; O. WARNEYER, *Kommentar,* II, 297).

Quando se divide o prédio, o direito real de renda (unitrio) continua o mesmo. Se obtém o registro da divisão, com eficácia de divisão do direito para o dono do prédio rentista, há tantos direitos reais de renda quanto as partes. Se tal registro não tem eficácia *de* divisão do direito para o dono do prédio rentista, estabelece se relação de comunhão entre os proprietários das partes <sem razão, W. ENGLÁNDER, *Di. regelmetssige Rechtsgemeinschaft, 1,* 347).

3.DtTRAÇXO DO DIREITO REAL À RENDA. O direito real de renda

sobre imóvel é, de ordinário, vitalício.

Nada obsta, porém, a que se conceba perpétuo, ou com algum prazo, ou termo final, ou sob condição resolutiva (rendas temporárias). As rendas reais vitalícias são as mais freqüentes das rendas reais temporárias. Pode o que lega imóveis combinar a cláusula de inalienabilidade com a de transmissão contra assunção de renda em dinheiro: em vez de receber dinheiro recebe o legatário, que aliena, o quanto rentário, gravando-se o móvel, com ou sem direito de retracto a favor do titular do direito real à renda.

## § 2.397. Natureza do direito real de renda sobre imóvel

1. ATO JURÍDICO CONSTITUIÇÃO. O direito real de renda nasce de *acordo de constituição* e *inscrição.*

Tratando-se de disposição de última vontade, há o ato de disposição e a inscrição. Não há usucapião de rendas.

O negócio jurídico, que sub jaz, ou é compra e venda, ou doação, ou legado, ou outra categoria jurídica; mas a constituição pelo proprietário, ou pelo que deduz o direito real a certo valor, é *abstrato.* Se a renda foi constituída para garantia de algum crédito, independe de ter nascido ou subsistir o crédito. No processo de cobrança das prestações singulares, pode o proprietário do prédio, se foi ele que conferiu o direito real à renda, ou se sucedeu na defesa contra o credor de renda, pelo não-nascimento, ou não persistência do crédito, apresentar *condictio* (MÃRTIN WOLFF, *Lehrbuch,* III, 128), ou propor, à parte, a ação de enriquecimento injustificado. Aliás, se o adquirente do prédio continua de pagar a renda, não se tendo, perante o alienante, eximido disso, é o alienante que tem a ação de enriquecimento injustificado. Se o adquirente se eximiu de pagar as rendas, tal negócio jurídico somente gera relação jurídica pessoal entre ele e o alienante: paga as rendas, porque há o direito real de quem consta do registro como titular, e tem pretensão e ação contra o alienante pelo reembolso, como êsse a de enriquecimento injustificado contra o credor de rendas.

2.ÔNUS DE DIREITO PRIVADO. A renda imobiliária é nua de direito privado, o que não permite dizer-se, com E. STAMPE, que a prestação seja para fins privados. Pode-se constituir renda para limpeza da praia pública, ou para o combate à fitopatologia da região. São tais rendas inconfundíveis com as taxas de contribuição de melhoria, os impostos

destinados a certa aplicação e outras rendas públicas, ou com as taxas de conservação de estradas, fontes e florestas.

8. TUTELA JURÍDICA. Se o titular do direito real de renda sobre imóvel sofre negação, tem ele a ação declaratória (H.DERNBURG, *Das Biirgerliche Recht,* III, 659; G. PLANCK, *Komqnentar,* III, 744) ; se foi ofendido ou está ameaçado o seu direito, tem a ação de abstenção (MARTIN WOLFF, *Lehrbuch,* III, 446, texto e nota 15). Trataremos depois das pretensões e ações oriundas do direito real de venda sobre imóvel.

4.PRETENSÕES E OBRIGAÇÕES. A obrigação real de renda sobre imóveis nasce a cada momento em que nasce a pretensão real correspectiva, que é no momento em que se há de fazer a prestação periódica. O dever real, que é enantiomórfico ao direito real, é uno, desde que nasce até que se extingue. Se prescrevem as pretensões, a prescrição é relativa a cada prestação que havia de ser exigida, de modo que se vão prescrevendo, uma a uma, sem que se possa entender que as não prescritas fiquem sem a possibilidade de interrupção e suspensão do prazo prescripcional, que é o do art. 178, § 10, II, do Código Civil (de modo nenhum é o do art.

178, § 10, III, posto que seja possível, com a mora, haver juros das prestações não pagas). O direito é uno; as pretensões é que são muitas (C. F. voN GERBER, *System des deutsch.en Privatrechts,* □

16 a ed., 275; ERICH

DÚMCHEN, Schuld und Haftung, insbesondere bei deu Grundpfandrechten, *Jherings Jahrbiicher,* 54, 422; sem razão, L. MírrEIs, *Die Individualisierung der Obligation,* 85, e ERNST FREIMERR VON SCHwIND, Die Realíastenfrage, *Jherings Jahrbicher,* 38, 122, que ainda viam na unidade abstração, por deficiente visão do direito real e das pretensões reais).

Prescrita uma pretensão, as seguintes, se já nasceram, ou se exigem ou prescrevem, e as outras vão nascendo a seu tempo. Não importa se a prestação é *contínua,* como a de energia elétrica, porque a concepção generalizada é a das prestações por horas, dias ou meses (H. SIBER, Zur Theorie vou Schuldund Raftung nach Reichsrecht, *Jherings Jahrbiteher,* 50, 181; *li.* LEHMÂNN, *Die Unterlassungspfiickt,* 59 5.; cf. FRANZ BAUER, *Die Reallast und <fie Rentenschzdd, 56).*

A pretensão a cada prestação tem a natureza de pretensão real, que se

executa contra o proprietário, ainda que adquirente àquele que ficou a dever. No Código Civil suíço, art. 791, alínea 2ª, deu-se ao titular pretensão pessoal contra o que deveria solver, após três anos, cessando o laço real. De jeito que, se não foi cobrada nos três anos sobre o imóvel, somente o pode ser sobre o patrimônio do devedor, no qual, aliás, se não alienou o imóvel, está esse, porém como elemento do patrimônio suscetível de execução forçada. No direito brasileiro, a pretensão é real: tem de prestá-la quem é proprietário atual do imóvel.

CAPÍTULO II

OBJETO DO DIREITO DE RENDA SOBRE IMÓVEL § 2.398. Renda e objeto do direito real 1. OBJETO GRAVÁVEL. Qualquer bem imóvel é suscetível de gravação. Não só o prédio pode ser objeto de gravame por direito real de renda. Também as minas e mais riquezas do subsolo (Constituição de 1346, art.

152; Decreto lei n. 1.985, de 29 de janeiro de 1940, art. 4.0) e as quedas de água <Constituição de 1946, art.

152; Decreto-lei n. 852, de 11 de novembro de 1938; Decreto n. 24.643, de 10 de julho de 1984, arts. 145-149).

As frações *pro indiviso* de imóveis (partes ideais) só são graváveis se há compropriedade.

Também as pedreiras, após independentização, o que o sistema jurídico brasileiro permite, podem ser objeto de direito real de renda sobre imóvel. Não importa o argumento contrário da esgotabilidade da pedreira, de modo que não mais se poderia pagar a renda. O legislador desprezou-o radicalmente ao tratar da hipoteca (Código Civil, art. 810, VI, □

*2 B* parte).

Quanto às pertenças, a gravação somente pode ser conjunta, isto é, gravados o bem imóvel e as pertenças (art.

810, II, *verbo* "conjuntamente", por analogia). O que a respeito expomos, ao versarmos, no Tomo XX, o assunto do objeto da hipoteca, é de ler-se para se estender à renda sobre imóvel. AS está uma das conseqüências de, sem ser direito real de garantia a renda sobre imóvel, haver semelhanças e, até, elementos comuns entre a hipoteca e a renda sobre imóvel.

A renda grava o imóvel, construções, melhoramentos e mais acessões, na mesma extensão em que a hipoteca o gravaria (art. 811, l ª alínea). Todavia, o art. 811, □

1 a alínea, invocável por analogia, é dispositivo, e subsistem

os direitos reais anteriormente registrados (art. 811, 2ª alínea). Se a renda real recai sobre patrimônio, ou pluralidade de imóveis <cf. art. 714), em todo (renda imobiliária patrimonial, ou em conjunto), cada imóvel é suscetível de execução forçada pelo todo, ou por parte da divida. O titular do direito real de renda tem a escolha.

2.BENS COLETIVOS E PATRIMÔNIOS. É velha a questão de se poderem, ou não, constituir rendas reais sobre bens coletivos e patrimônios, O argumento contrário era o de a Bula de Pio V exigir que o bem sujeito ao censo fosse designado com limites. Desprezando-se a discussão *de lege lata* onde a Bula incidiria, o argumento era nenhum; porque a Bula de Pio V nunca fora recebida no direito luso-brasileiro., Contra a solução afirmativa, poder-se-ia invocar julgado de 1587, que está em MELCEIOR FENO *(Decisiones Senatus Regni Lusitaniae,* II, d. 48). A favor, energicamente, FRANCISCO PINHEIRO *(De Censu et Emphyteusi Tractatus,* 19) e ALVARO VALASCO *(Quaestionum luris emphyteutici,* q. 32, n. 11) Patrimônio pode render. É de esperar-se que renda. No sistema jurídico brasileiro, o patrimônio teve trato especial, clarissinão, a que se há de atender, porque influi em todos os setores do direito (Código Civil, arts. 56 e 57).

§ 2.399. Imóvel e gravame

1.DETRação DE DIREITO REAL E GRAVAME DO BEM IMÓVEL ALHEIO. O bem imóvel, que se vai gravar, pode a) pertencer ao que vai ser titular do direito real de renda sobre imóvel, e então há a reserva ou detração do direito real; ou *b)* pertencer ao que constitui o direito real de renda sobre imóvel; de modo que ao conteúdo do domínio se detrai o que é de mister à formação do conteúdo do direito real de renda sobre imóvel.

Ali, o futuro titular do direito real de renda sobre imóvel aliena o bem imóvel *menos* o que há de compor o conteúdo do direito real de renda sobre imóvel. Aqui, ele adquire o direito real de renda sobre imóvel por ato de disposição do dono do imóvel. Pode acontecer e) que alguém, simultânea-mente, ou não, aliene a uma pessoa ou a algumas pessoas o domínio, com detração, e constitua o direito real de renda

sobre imóvel a favor de outra, ou de outras.

2 ACORDO DE CONSTITUIÇÃO. Quando se diz que, alienando o imóvel, detrato o direito real de renda sobre ele, o dono dá prestação de caráter instantâneo por prestações periódicas ou reiteradas, incorre-se no erro de se *ver* o negócio jurídico básico, que pode ter existido, sem se atender a que o direito real de renda sobre imóvel nasce com o registro do acordo de constituição, que é abstrato. O hábito de se pensar em termos de direito das obrigações leva a essa confusão. Não importa ao nascimento do direito real de renda sobre imóvel qual foi o negócio jurídico que se passou entre o outorgante e o outorgado.

O que dissemos sobre o negócio jurídico básico, o acordo de constituição, o consentimento para inscrição e a inscrição, ao falarmos de usufruto, uso e habitação, tem aqui toda permanência. É rentista no plano do direito das coisas, portanto titular de direito real de renda sobre imóvel, o outorgado cuja escritura, com o acordo de constituição, foi inscrita, ainda que, antes, o mesmo outorgante já tivesse acordado em constituí-lo a favor de outrem. A êsse preterido somente ficam a ação oriunda do negócio jurídico básico e a de infração do acordo de constituição, negócio jurídico abstrato de direito das coisas.

Nunca é demais encarecer-se, na técnica e na ciência jurídica, a diferença entre o negócio jurídico básico, que pode existir e é provável que exista à base da constituição de qualquer dos direitos reais, como à base da criação e emissão de títulos cambiários e cambiariformes, o acordo de constituição e se o direito real limitado exige registro a inscrição. Muitos erros, na prática, resultam de se não prestar a devida atenção aos três atos jurídicos, que se regem por suas leis próprias. Além disso, o fato de ser abstrato o acordo de constituição tem conseqüências notáveis, qualquer que seja o direito real limitado de que se trata.

Tem-se, pois, de previamente examinar a existência, validade ou eficácia da inscrição da renda sobre imóvel.

Sem eficácia da inscrição não há direito real. Se é possível trazer-se a exame o acordo de constituição, se é, sempre, abstrato. Feita a inscrição, o direito real surge; os terceiros adquirentes têm por si a fé pública do registro de imóveis, segundo os princípios.

CAPITULO III

PRESTação DE RENDA E SEU OBJETO § 2.400. Prestações singulares

1.EM QUE PODEM CONSISTIR AS PRESTAÇÕES. As prestações podem ser em dinheiro, em espécies, fungíveis ou não (cereais, gado, metros cúbicos de madeira, pedras, água, barro, saibro) ou em atos (prestação do trabalho de dez colhedores de café, ou cortadores de canas; conservação de ponte, ou de pOsto, ou de relógio da cidade, ou da fazenda; iluminação de estrada ou praia; notificação de qualquer locação, pagando-se pela feitura do contrato alguma renda; fornecimento de energia elétrica). As rendas em espécie obviam aos inconvenientes das inflações. Não pode ser objeto da prestação de renda omissão do devedor (Ii. LEHMANN, *Dia Unterlassungspflieht,* 164 s.; 3. BIERMANN, *Sachenreckt,* 419; cp. G. PLANCE, *Kommentar,* III, 737). As prestações reiteradas hão de ser pagas sobre o imóvel: as prestações em dinheiro foram, histôricamente, sucedineos das que eram pagas em espécies (frutos naturais e produtos do fundo); portanto, evolução técnica: em vez de só a força natural do imóvel, a força econômica (conceito mais vasto).

Não é exigido que o imóvel, por sua natureza, sirva à produção do objeto da renda, ou a produção dele (E.

DÚMCHEN, Schuld und Haftung, *Jherings Jakrbilcher,* 54, 425; O. WÂItNUTRE, *Komraentar,* II, 293). O

dever de só fornecer a certa pessoa, ou empresa, ou grupo, a produção do imóvel, não éregistável como renda real < O. WARNEYER, *Kommentar,* IX, 294).

2.PRESTAÇõES REITERADAS. As prestações hão de ser reiteradas. Se há uma só prestação a ser feita, e. g., construir casa, ou ponte, ou pagar x, tal direito, que nasce a alguém, em virtude de negócio jurídico entre vivos ou a causa de morte, não pode ser tornado direito real: não é registrável. As prestações não precisam ser regulares (ter periodicidade única) podem ser irregulares (G. PLANCK, *Kommentar,* III, 738; J. BIERMANN, *Sachenrecht,* 419; sem razão, E. DUMCHEN. Schuld und Haftung, *Jherings Jahrbúcher,* 54, 424), *e. g.,* dever de conservar pontes, ou de fornecer luz e força quando faltar; mas o fornecimento ou permuta de eletricidade ou outros semelhantes têm-se como prestação reiterada (H. DERNBURG, *Das Biirgerliche Recht,* III, 650, nota 11; G. PLANOR, *Kommentar,* III, 738; E. DOMCREN, Schuld und Haftung, *Jherings .Jahrbiicher,* 54, 423; sem razão, J. BIERMANN, *Sachenrech.t,* 419).

3. JUROS MORATÓRIOS. As prestações devidas e não pagas vencem juros moratórios, conforme os arts.

955-960, 963, 1.062 e 1.064. Diferente o § 1.107 do Código Civil alemão; todavia, quanto a ele mesmo, há divergência de interpretação (*J.* BIERMANN, *Sachenrecht,* 422; G. PLANCK, *Kommeniar,* III, 740; contra, E.

DtYMCHEN, Schuld und Haftung, *Jherings Jahrbiicher,* 54, 419).

4.ALIENação DO BEM IMÓVEL GRAVADO E RENDAS NÃO PAGAS. Diz o Código Civil, art. 750: "O

pagamento da renda constituída sobre um imóvel incumbe, de pleno direito, ao adquirente do prédio gravado.

Esta obrigação estende-se às rendas vencidas antes da alienação, salvo o direito regressivo do adquirente contra o alienante". A pretensão é real. Evitou-se a solução mista do Código Civil suíço, art. 791, alínea 2~a, que faria ver-se, sob o direito real, a ação que seria a do negócio jurídico básico, se o acordo de constituição não tivesse sobrevindo, com o inconveniente de se supor laço pessoal entre o proprietário de cada momento e o titular do direito de renda sobre imóveis. O direito regressivo contra o alienante, êsse, existiria com fundamento no negócio jurídico básico entre o adquirente e o alienante, como a ação por ter havido evicção e a de vício redibitório, ou, em geral, a de adimplemento não-satisfatório. O art. 750 do Código Civil torna-a ação derivada do fato de haver o adquirente solvido obrigações anteriores à aquisição.

Uma das conseqüências é poder ser pedida a citação do alienante, na ação contra o adquirente, não como *assistente,* mas sim *como litisconsorte,* por existir comunhão de interesses, uma vez que se discute se são devidas as rendas anteriores e as pode ter pago o alienante.

Está no art. 754 do Código Civil: "No caso de transmissão do prédio gravado a muitos sucessores, o ônus real da renda continua a gravá-lo em todas as suas partes". Se a transmissão foi de partes indivisas, nenhum problema surge: a sucessão é a respeito de cada parte indivisa. Se o prédio era de um só e há dois ou mais sucessores, tudo se passa como se comunhão não se houvesse estabelecido. AI, rege o art. 754.

Se existia comunhão pro *diviso* e direito real de renda sobre imóveis quanto a uma das partes divisas, não tida como parte integrante essencial, ou sobre cada uma delas, ou algumas, a sucessão só se refere à parte divisa ou às partes divisas gravadas a que concerne a sucessão, ou a que concernem as sucessões. Cada parte responde pelas prestações que a ela foram atribuídas. Tem-se de primeiro averbar a comunhão *vro diviso;* depois, o direito real de renda sobre imóveis. Pode-se constituir direito real de renda sobre imóvel, gravando-se parte divisa, no sentido de pelas prestações responder todo o imóvel, com ação regressiva contra o titular do domínio sobre a parte divisa. Os comproprietários têm de consentir.

Advirta-se em que a gravação da par ± e em comunhão *pro diviso* recai no que ao outorgante pertence no diviso e no indiviso (partes ideais no que indiviso).

5. BEM IMÓVEL SEM DONO. Se o imóvel gravado se torna sem dono, devido à renúncia do proprietário (Código Civil, art. 589, II, e § 1ª), as prestações são devidas como se dono tivesse o bem e o adquirente tem de responder pelas que correram ao tempo da inexistência de dono (F. SCHULZE, *Au/gabe des Grundejõentuma,* 166 s.).

6.FALÊNCIA, INSOLVÊNCIA E EXECUÇÃO FORÇADA. Está no Código Civil, art. 752: “No caso de falência, insolvência ou execução do prédio gravado, o credor da renda tem preferência aos outros credores para haver o capital indicado no artigo antecedente”. No caso de falência, ou insolvência do dono do imóvel gravado, o direito de renda sobre imóvel continua de gravá-lo, mas as prestações vencidas e vincendas durante o processo concursal têm de ser consideradas com trato especial: dai a preferência que o art. 752 lhe reconhece.

Dizemos “reconhece”, porque, a despeito de se ter de decidir no mesmo sentido, ainda se o art. 752 não existisse, havia discussão na doutrina européia, ao tempo em que se não precisavam, com rigor, os efeitos pessoais dos *negócios jurídicos básicos* e os efeitos reais do direito de renda sabre imóvel, provindo do *acórdo de constituição,* e não daquele.

Se há execução forçada, dá-se o mesmo. A renda necessária ao pagamento das prestações é incólume à execução forçada por dívidas do dono do bem gravado. § 2.401. Sub-rogação real e prestações de renda

.1.PRESTAÇÕES DE RENDA E INDENIZação CONCERNENTE AO IMÓVEL. Pode dar-se que o bem gravado de renda sofra danos, ou pereça, havendo quem haja de indenizar. Dar-se-á, então, sub-rogação real no que seja a pretensão à indenização, ou no que seja a prestação objeto da pretensão à indenização, quando essa for satisfeita. Também aqui convém frisar-se que a sub-rogação é automática: ao nascer a pretensão à indenização, a sub-rogação opera-se, sem necessidade de qualquer ato jurídico.

2.INVERSÃO DA INDENIZação. Recebida a indenização, sobre ela recai o gravame, em sub-rogação real.

Mas essa indenização tem de ser aplicada de modo que o nôvo bem gravado dê para as prestações devidas.

posto que a lei só se refira à prestação de indenização em caso de desapropria$o, ou de seguro, devemos entender que a sub-rogação ocorre qualquer que seja a fonte da obrigação.

Assim, diz o Código Civil, no art. 749: “No caso de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública, de prédio sujeito a constituição de renda (arte. 1.424 a 1.431), aplicar-se-á em construir outra o preço do imóvel obrigado. O mesmo destino terá, em caso análogo, a indenização do segurO”. O art. 749 é incompleto, por só cuidar da indenização por desapropriação, ou por seguro, mas, conforme dissemos, a analogia exige que o mesmo se entenda quanto à reparação por outra fonte, como o fato ilícito, qualquer que seja, uma vez que dele se irradie pretensão à indenização. Por outro lado, só cogita da reconstrução. A indenização pode ser somente de dano parcial, ou de danos a algum dos edifícios construídos no terreno, e há consertos, ou readaptações, que permitam manter-se a produção de renda. Se, com a destruição, não mais pode ser reconstruído o imóvel, é problema a resolver-se entre os interessados, amigável ou judicialmente, se se há de construir edifício de muitos andares, de jeito que à renda só se vincule um ou alguns dos andares, ou apartamentos, ou se há de ser alienado o terreno para se adquirir terreno já construído, ou terreno em que se possa construir.

A renda sobre imóvel não é direito real de garantia. Para satisfazê-lo não se extrai *valor* ao valor do imóvel. De modo que se há de proceder com o propósito de se pôr o bem imóvel gravado em situação de poder *render.* O

que se presta é renda; e não garantia.

Por isso mesmo, se, ao se constituir renda sobre imóvel, se disse que, em falta de pagamento, se venderia o bem para se pagar a divida (negócio jurídico básico, de que na renda sobre imóvel se abstrai), foi hipoteca que se constituiu, e não renda sobre imóvel.

Teremos de aludir a outras diferenças ao tratarmos das ações que se originam do direito de renda sobre imóvel e das ações concernentes à hipoteca e à anticrese.

A ação executiva que tem o rentista nasce-lhe de não lhe terem sido pagas as prestações de renda. A constrição recai no imóvel, sem qualquer alusão ao que acaso se deve, porque o direito real de renda sobre imóvel não é direito real de garantia, no que fundamentalmente se distingue da hipoteca. A abstração de qualquer divida, que derivou de algum negócio jurídico, ou de outro fato jurídico, é *completa.*

Não se pode, todavia, deixar de reconhecer a natureza real da ação do rentista.

Uma vez que foi feita a inscrição e vale, o direito real existe. O acordo de constituição somente poderia ser atacado entre os figurantes dele, e ainda assim de modo que se atenda a que é negócio jurídico abstrato.

A abstração é a mesma que há no acordo de constituição do usufruto, do uso e da habitação. Por outro lado, toda alusão a dependência seria impertinente.

## CAPÍTULO IV

CONSTITUIÇÃO DO DIREITO DE RENDA SOBRE IMÓVEL fi 2.402. Constituição por ato entre vivos NEGÓCIO JURÍDICO ENTRE VIVOS. A constituição do direito real de renda sobre imóvel pode ser por *acordo de constituição,* em que são figurantes o outorgante e o outorgado. Não se há de inquirir da onerosidade ou da gratuidade, porque o acordo de constituição é abstrato. Em nenhum dos arts. 749-753 do Código Civil se fêz referência à *causa,* o que somente pode interessar ao direito das obrigações *(e. g.,* art. 1.424 e 1.430).

Por outro lado, o art. 1.425 do Código Civil somente pode ser invocado se a renda é vitalícia.

2.NEGÓCIO JURÍDICO A CAUSA DE MORTE. O testador pode constituir direito real de renda sobre imóvel ou deixando bem que

possa ser gravado, ou impondo-o ao herdeiro, como legado a outrem *(e. g.,* Código Civil, art. 1.704). No Código Civil, art. 753, lê-se: "A renda constituída por disposição de última vontade começa a ter efeito desde a morte do constituinte, mas não valerá contra terceiros adquirentes, enquanto não transcrita no competente registro". A regra jurídica do art. 753, 2ª parte, não exige a inscrição para que exista o direito real de renda, mas sim para a eficácia *contra terceiros.* Trata-se, portanto, de exceção parcial ao que se estabelece no art. 1.572, 676 e no art. 1.692. Cf. art. 1.694. O art. 75& proveio do Projeto de COELHO RODRIGUES, art.

1.616 *(Trabalhos,* VI, 316 s. e 359). O terceiro adquirente do imóvel, que, por testamento, foi gravado de direito real de renda sobre imóvel, ou adquire a propriedade, detrata a renda, como se, no acordo de constituição, se diz que o bem é gravado, ou adquire a propriedade como se fosse sem gravame e então o direito real de renda sobre imóvel é *ineficaz* contra o adquirente. Se atendemos a que o bem gravado é parte da herança, ou legado, dificilmente se pode dar o caso de escapar ao juízo a menção do gravame existente. Se procuramos explicação para o diferente tratamento entre o usufruto, o uso e a habitação, de um lado, e o direito de renda sobre imóvel, do outro, sOmente a podemos encontrar em ser menos visível o exercício desse direit o do que o daqueles, mas observamos que é evidentemente fraca a *ratio legis.*

§ 2.403. Constituição judicial de renda sobre imóvel

1.AÇÕES EXECUTIVAS. Nas ações executivas, inclusive nas ações de partilha, pode o juiz constituir direito real de renda sobre imóvel, até que se pague alguma dívida, ou até certo prazo (JORGE DE CABEDO, *Decisiones,* d. 166; BENTO PEREIRA, *Promptuarium inridicum, 434).*

A técnica dos inventários e partilha pouco tem usado constituir direitos reais limitados, exceto hipotecas, e apenas atende às constituições, a causa de morte, de usufruto, uso ou habitação, em que a função do juiz não cria. No entanto, seria de grande utilidade, a favor dos menores, principalmente dos menores que precisam de mesadas para estudos, a renda sobre imóvel, judicialmente constituída, após cálculos que respeitassem os interesses de todos os herdeiros.

Nas ações executivas de cognição inicial *non plena* (adiantamento da execução, Código de Processo Civil, art.

298), ou de execução de sentenças, pode ser constituída, judicialmente, a renda sobre imóvel, ou sobre imóveis, até que a dívida se solva.

2.CONSTRUÇÃO JURÍDICA. Tudo se passa como dissemos no § 2.264.
§ 2.404. Eficácia real da constituição de renda

1.INICIO. A renda constituída sobre imóvel sOmente começa de ter eficácia real com a inscrição; se constituída por disposição de última vontade, o beneficiado tem pretensão *real* desde a abertura da sucessão. O

art. 753 estatui: "A renda constituída por disposição de última vontade começa a ter efeito desde a morte do constituinte, mas não valerá contra terceiros adquirentes, enquanto não transcrita no competente registro‟>.

"Não valerá" está, ai, por "não terá eficácia". Sobre o alcance do art. 753, nosso *Tratado dos Testamentos,* III, 467 s.

2.TERMINação. A eficácia, se houve destruição completa do imóvel gravado, ou se terminou o prazo, ou sobreveio o fato que era condição resilitória, 6 *desde a data* do fato extintivo. Fora dai, depende do cancelamento. fi 2.405. Constituição reservativa

1.DETRação DE RENDA SOBRE IMÓVEL. Detrai-se o direito real de renda sobre imóvel quando se aliena, gratuita ou onerosamente, o bem a ser gravado. O negócio jurídico pode ser entre vivos ou a causa de morte. A construção jurídica é a mesma que expusemos a propósito do usufruto, do uso e da habitação: aliena-se *d r* (domínio menos renda); com o que foi detrato faz-se o conteúdo do direito real de renda sobre imóvel. O direito real, constituído por ato entre vivos, somente nasce com a inscrição.

No direito luso-brasileiro, a detração era permitida (censo reservatívo).

No Alvará de 16 de janeiro de 1773, § 8, cogitou-se do censo reservativo ou renda detrata: "Os verdadeiros censos reservativos e foros permitidos pelas leis são aqueles, em os quais cada um cede o seu prédio, ou propriedade, reservando ceda porção de frutos, ou de

dinheiro da sua anual produção, ou rendimento, com a qual bem possa ser o prédio, ou propriedade cedida sem haver outra espécie de contrato, que lhe mude a natureza, e sirva de pretexto para copiar a usura, e sem haver valor certo, e estipulação de capital, que importe venda; e em razão da qual se perceba cada ano, enquanto se não entrega o capital, maior interesse do que aquele de cinco por cento, que pela lei é tolerado",

Alguns juristas interpretavam a Lei de 23 de maio de 1698, § 26, no sentido de só se admitir o censo reservativo por doação, mas tal interpretação não prevaleceu.

2. CONSTRUÇÃO JURÍDICA. Cabe invocar-se o que se escreveu nos §§ 2.310-2.312.

§ 2.406. Transferência do direito de renda sobre imóvel, renúncia, distrato e resgate 1.TRANSMISSÃO ENTRE VIVOS E A CAUSA DE MORTE. O direito real de renda sobre imóvel é transferível, suscetível de com ele se constituir usufruto de direito ou penhor de crédito. A transferência entre vivos tem de ser conforme os princípios que regem a transferência do domínio. *Aliter, a* transferência das pretensões às prestações de renda, que obedece às regras jurídicas da cessão de crédito.

2.RENÚNCIA. Ao direito real de renda sobre imóvel pode-se renunciar, se quem renuncia poderia dispor de propriedade imobiliária. A cláusula de inalienabilidade, a de incomunicabilidade e a de impenhorabilidade são permitidas.

8.DISTRATO E RESGATE OU REMIÇÃO. O titular do direito real de renda sobre imóvel pode distratar a constituição de renda, se pode dispor de propriedade imobiliária. O dono do bem imóvel gravado pode remir o gravame *(re-emere,* re-comprá-lo). O art. 751 prevê a operação.

A distratação é apenas quanto ao que subjaz. Direito real não se distrata; o que o titular pode praticar, como ato de disposição, é renunciar a ele, ou aliená-lo. A expressão "distrate", "distrato", aparece nos velhos juristas, como se fosse o distrato uma das causas de extinção do direito real de renda sobre imóvel; mas isso apenas revela que não fora assaz profunda a análise a que procederam.

Uma vez constituído o direito real, há entre Ole e o acordo de constituição a *inscrição.* Não foi o acordo de constituição, negócio jurídico de direito das coisas, que produziu o direito real: foi a inscrição. Distrato do acordo de constituição não desfaria a inscrição. O direito é real; há o titular e o sujeito passivo, que é total. Ao direito real renuncia-se; pode-se, outrossim, transferir ao próprio dono do imóvel o direito real, dando-se, eventualmente, a consolidação. Nada disso é distrato. A renúncia pode ser levada a registro, para cancelamento da inscrição. A reUnião das duas titularidades dá ao adquirente pretensão ao cancelamento, que ele pode exercer, ou não.

Tudo que acima se disse mostra, à evidência, que não há distrato, em se pensando em desfazer direito real. A alusão a distrato provém de tempos em que se não tinha apurado o estudo dos conceitos dos atos jurídicos.

4.ASSENTIMENTOS E CONSENTIMENTOS. O cônjuge que teria de assentir ou consentir na constituição do direito real de renda sobre imóvel também há de assentir ou consentir na renúncia a ele, ou na remição. É de repelir-se a doutrina dos velhos juristas europeus.

A diferença entre assentir e consentir tem, aqui, toda a pedinência. Se o gravame recai em bem imóvel comum, os cônjuges hão de consentir; se só a um pertence, o outro tem de assentir.

Se o filho tem direito real de renda sobre imóvel, não pode o pai renunciar a ele; nem receber o importe pago pela remição, sem se incluir no patrimônio do filho. É preciso haver prévia autorização do juiz (Código Civil, art. 386) para a remição, ou em juízo se há de remir.

O tutor somente pode receber o importe, nas espécies acima referidas, se lhe deu autorização o juiz (Código Civil, art. 427, ~ □

1 a parte). Somente pode receber, sem autorização do juiz, as rendas.

O direito real de renda sobre imóveis pode ser sem determinação de tempo, mas há sempre remibilidade. Se não se determina tempo, entende-se vitalício. Se se determinaram duas vidas, ou três vidas, há, aí, fideicomisso; porque as vidas não foram nem poderiam ser tidas como parcelas da duração, porque, com isso, se diria, desde logo, que alguém sucederia na titularidade. O que no direito comum se explicava sobre as vidas nenhuma pertinência tem hoje. Se foi constituído a favor de duas ou mais pessoas, vitaliciamente, extingue-

se por partes, salvo disposição em contrário (art. 1.429, cp. art. 740).

No sistema jurídico brasileiro, não há fideicomissos além do segundo grau (Código Civil, art. 1.789).

Sempre que há perecimento do imóvel, total ou parcial, ou danos, com o nascimento da pretensão à indenização e a conseqüente sub-rogação real, tudo se passa como expusemos a respeito do usufruto, do uso e da habitação.

Se a sub-rogação real foi pedida ao juiz pelo dono do imóvel, ou inventariante, ou outro legitimado a fazê-lo, tem de consentir o titular do direito real de renda sobre imóvel, porque também se dá, ai, sub-rogação real do objeto do direito do rentista.

## CAPITULO V

## EXTINÇÃO DO DIREITO REAL DE RENDA SOBRE IMÓVEL § 2.407. Causas de extinção do direito real de renda sobre imóveis

1.ESPÉCIES. O direito real de renda extingue-se:

a)pela destruição do imóvel sujeito a ele sem sub-rogação real; b) pela resolução do domínio sobre o imóvel gravado; *c)* pelo termo da sua duração ou advento de condição; cl) pela renúncia do titular do direito real à renda, se renunciável, e cancelamento conseqüente; *e)* pela arrematação ou adjudicação, se, deduzido o que baste para a extinção, o titular anui na extinção; *f)* pela sentença, trAnsita em julgado, que tem efeito de cancelamento; g) pela remição ou resgate (art. 751); >&) pela usucapião do domínio sem gravame.

Quanto à desapropriação, estatui o art. 749: “No caso de desapropriação, por necessidade pública, ou utilidade pública, de prédio sujeito a constituição de renda (arts. 1.424 a 1.431), aplicar-se-á em constituir outra o preço do imóvel obrigado.

O mesmo destino terá, em caso análogo, a indenização do seguro”. Também quanto à falência, insolvência, ou preferência, o art. 752 estabeleceu: “No caso de falência, insolvência ou execução do prédio gravado, o credor da renda tem preferência aos outros credores para haver o capital indicado no artigo antecedente”, isto é, aquele cujo rendimento, calculado pela taxa legal de juros, assegure ao credor renda equivalente (art. 751). A reUnião do domínio e do direito real

limitado numa só mão, ou do domínio do imóvel ou de todos os imóveis, sujeitos, juntos, ao direito real de renda, na mão do titular do direito real de renda, não extingue êsse direito; nem no extingue o abandono ou a renúncia ao direito de propriedade do imóvel gravado (art. 589, II e III) ; de modo que, se o dono dos dois ou mais prédios não faz as declarações necessárias ao cancelamento, tem direito real sobre coisa própria, e o titular do direito real de

renda, que adquiriu o prédio gravado, continua titular do direito real de renda, enquanto não promove o cancelamento da inscrição. Bem assim, o titular do direito real de renda sobre imóvel que foi abandonado ou a cuja propriedade se renunciou.

O dono do imóvel gravado pode pedir o cancelamento do direito real de renda sempre que se dê extinção.

Eventualmente, a retificação do cancelamento.

A não-exigência das prestações singulares, ainda que se atinjam vinte anos, não extingue o direito real. A prescrição não é causa de extinção do direito real de renda.

Não há regra jurídica, no Código Civil, que considere a prescrição das ações do titular do direito real de renda imobiliária *causa* de extinção do direito *(aliter,* quanto a hipoteca, art. 849, VI, ao usufruto, ao art. 739, VI, ao uso, art. 745, à habitação, art. 748, e quanto ao penhor, art. 802, 1, que se extingue com a extinção da obrigação e não pela prescrição). De modo que o *direito* permanece, encoberto pela exceção *de prescrição* a eficácia dele.

O direito de anticrese extingue-se decorridos quinze anos do dia da transcrição (art. 760, 2ª parte). Não há, em verdade, prescrição, mas extinção *ipso jure,* simplesmente.

(No passado muito se disputou se a prescrição era de cada pretensão das reiteradas prestações, ou da pretensão global, opiniões, respectivamente, de MARTINHO DE FANO e a de BÚLGARO, que seguiram a alguns e a que muitos seguiram. Mas a aquisição da propriedade, livre de gravame, é que pode extinguir. Falta regra jurídica que, a respeito de direito real de renda sobre imóvel, faça a prescrição ser elemento do suporte táctico de causa de extinção, como se dá com o usufruto, o uso e a habitação, arts.. 739, VI, 745 e 748. Aliás, a espécie foi prevista pelos juristas portugueses, conforme diremos adiante.)

Se o dono do prédio gravado renuncia à propriedade, o gravame

continua, sem que a êsse respeito se possa trazer à discussão o que se disse no direito luso-brasileiro (MANUEL ALVARES PÉGAS, *Resolutiones Forenses,* II, 777 s., e VII, 167 s., 171 a.; PANTALEIO DE ARATIJO NETO E QuEm, *Commentaria ad Ordznatzones,* 201). Não há abandono ao titular do direito real de renda sobre imóveis (cp. art.. 691, a propósito de enfiteuse).

O Código Civil desconhece a extinção do direito real de renda sobre imóvel por ter o titular adquirido o bem gravado. Só o cancelamento da inscrição pode ter tal efeito e êsse cancelamento depende da vontade do adquirente do prédio e titular do direito real limitado.

2. DESTRUIÇÃO DO IMÓvEL. Se a destruição foi total, sem indenizabilidade, não há problema: perece o bem gravado e o direito extingue-se. Se a destruição foi parcial, sem culpa do proprietário, ou de outrem, portanto sem indenizabilidade, resta saber-se se a parte restante, *deductis ex pensis,* suporta toda a prestação. Se a suporta toda, ahá diminuição *pro rata* (FRANCISCO PINHEIRO, *De Ceneu a Empkyteusi Tractatus,* 43 s.), ou o restante suporta toda a obrigação? A segunda opinião é a melhor (MANUEL ÁLVARES PÊGAS, *Resolutiones Forenses,* VII, 171; Desembargo do Paço, 8 de agOsto de 1678; MELCHIOR FEBO, *Decisiones,* d. 48).

Se não há perecimento, mas se tornou temporariamente ou remediavelmente infrutífero o bem imóvel, não há pensar-se em extinção (FRANCISCO PINHEIIlO, *De Censu et Emphyteusi Tractatus,* 49 a., não mais havendo hoje razões para se duvidar quanto à responsabilidade ainda em caso de fOrça maior, cp. art. 692, II).

Se a destruição parcial não deixou o que baste à prestação da renda, cabe pedir-se o cancelamento, mas presume-se que o restante basta à solução da obrigação e não se presume ter sido com a culpa do dono do bem gravado a destruição (MANUEL DE ALMEIDA E SOUSA, *Tratado prático com pendiáno dos Censos,* 99).

O dono do imóvel, extinto em parte, somente se libera do dever de pagar a prestação desde que se cancele o direito real de renda, provado que não houve culpa, nem o restante basta à prestação; *é* desnecessário isso, se a destruição foi total (H. LEEMANN, Sachenrecht, *A¶ommentar* de M. GMt)"n, IV, 641).

Se a destruição total foi do imóvel a favor do que se constituiu a renda real, apenas tem o proprietário do imóvel gravado titulo para pedir o cancelamento.

3.TERMO RESOLUTÓRIO OU CONDiÇÃO RESOLUTÓRIA DO DOMÍNIO. O direito real de renda pode ser subordinado a condição resolutória, como a termo resolutório. O direito brasileiro não admite a resolução por inadimplemento do negócio jurídico subjacente (cp. Código Civil suíço, art. 783, 1): iria contra a abstratividade da constituição de renda real.

*4*. PRAZO DO DIREITO REAL. A constituição de renda sobre imóveis pode ser perpétua; não assim a constituição pessoal de rendas (cp. art. 1.424). Tem-se pensado que o art. 1.424 obsta à renda perpétua; mas o art. 1.481 remete aos arts. 749-754,e Esses nada dizem.

O assunto já foi versado, a propósito da interpretação que pretendera dar ao art. 749 devido à remissão aos arts.

1.424- 1.481 CLÓVIS BEVILÁQIJA.

5. RENÚNCIA. A renúncia, supressão do direito real de renda imobiliária por efeito de negócio jurídico unilateral, só tem a eficácia desconstitutiva com o cancelamento.

6.ARREMATação OU ADJUDICação. A arrematação ou adjudicação sómente é causa de extinção se o titular do direito de renda sobre imóvel anuiu em que êsse se extinguisse, portanto a espécie apenas integra a espécie do n. 5 ou a do n. 9.

Se, na execução, o juiz constitui a renda sobre imóvel, há constituição judicial de direito de renda sobre imóvel.

7.SENTENÇA DESCONSTITUIVA. Se a sentença desconstitui, por invalidade, o acordo de constituição, manda cancelar e a extinção é *ex* tinto. Uma das causas para extinção por sentença é a decretação da nulidade do acordo de constituição, tendo havido registro. A usura atinge apenas o excesso *(aliter,* no direito comum, quanto ao censo usurário).

Cumpre, porém, advertir-se em que, se constava do registro a propriedade, ou o direito de renda, que se transferiu, o terceiro adquirente é amparado pelo art. 530, 1, que por analogia Incide em se tratando de direitos reais limitados.

8.REMIÇÃO OU RESGATE. O imóvel sujeito a prestações de renda

pode ser resgatado, se paga o devedor um capital em espécie, cujo rendimento, calculado pela taxa legal dos juros, assegure ao credor renda equivalente (art. 751). Além dessa espécie de remições, há as que se prevejam na constituição do direito real; *e.*

*g.,* por certa soma que, a juízo dos interessados, baste, se não se tornou, pelas circunstâncias, inferior à do art.

751, *que é co gente.*

(Mais uma vez notemos que a cogência nem sempre é para todos os figurantes. Não se podem excluir, nem empiorar os pressupostos necessários ao resgate, mas podem Esses ser atenuados.) Diz o art. 751: "O imóvel sujeito a prestações de renda pode ser resgatado, pagando o devedor um capital em espécie, cujo rendimento, calculado pela taxa legal dos juros, assegure ao credor renda equivalente". O direito de percepção das rendas, pela satisfação do capital que dê renda equivalente, consome-se, exercitou-se, de antemão, até o fim. Nisso, a espécie distingue-se da satisfação *sobre* a coisa quando o credor das rendas executa o bem imóvel sujeito às rendas, ou quando se desapropria o bem por utilidade pública, ou quando se tem de alienar, judicialmente, o bem e não pode ser recebido o quanto do art. 751 pelo titular do direito real de renda imobiliária. Se pode, e deixa-se escolha ao titular, a escolha é negócio jurídico unilateral, à semelhança da renúncia. A escolha de sub-rogação do prédio, ou a sub-rogação legal, não extingue o direito real de renda imobiliária. A adjudicação ao melhor lançador, com a quantia a mais segundo o art. 751, é resgate, se o lançador o preferiu, ou resgate forçado, extinção em virtude de lei, ou do próprio ato constitutivo da renda imobiliária.

É remível o direito que apanha o bem, ainda se foi dito irremivel. Tanto pode remir quem constituiu o direito real de renda sobre imóveis quanto quem adquiriu o imóvel gravado, inclusive sucessores a titulo particular. Os herdeiros podem remir conjuntamente, ou um por todos. Se um só rime, o bem gravado fica livre, restando aos herdeiros ação contra os demais. Se o herdeiro adquire o direito real que atingia o bem comum, então não se extingue o direito real de renda sobre imóveis: faz-se ele titular do direito real de renda sobre imóveis (MANUEL DE ALMEIDA E SOUSA, *Tratado* prático *co», pendiário dos Censos,* 111). Diga-se o mesmo quanto aos outros condôminos, ou co-enfiteutas.

O direito de remição ou resgate é incessível, só o pode exercer quem é dono do bem gravado. Todavia, vale o pacto que permita ao credor resgatar em nome do devedor dono do bem imóvel gravado.

Pode-se deixar direito real de renda sobre imóveis em fideicomisso. Se há remição, pelo herdeiro gravado, extingue-se o direito real de renda sobre imóveis quer em relação ao fiduciário quer em relação ao fideicomissário, mas tem aquele de dar caução, previamente, salvo se a dispensa o fideicomissário (aí, a caução não se rege pelo art. 1.734, parágrafo único, do Código Civil, que supõe ter havido o inventário, com a ciência do fideicomissário, cf. LUDOVICUS CzNsms, *De Censibus,* q. 109, n. 5 e 68). FRANCISCO SALGADO DE

SOMOZA *(Labvrinthus <medito,-um concurrentium ad litem,* 1, cap. 27, n. 48) exigiu a citação (nisi prius eo citato; ac similiter ipse heres gravatus fuisset inhibitus, ne redemptionem admittat, eo non vocato; nam tunc redemptio legitime non sit; nec census fructus cessant, facta redemptione, non vocato fideicommissario).

*9.* NEGÓCIO JURÍDICO BILATERAL DESCONSTITUITIVO. A supressão em virtude de negócio jurídico bilateral desconstitutivo (distrato) é sujeito a registro do cancelamento. Mas é preciso atender-se ao que realmente se passa: não se distrata direito real; distratam-se tratos, inclusive contratos; a direito real renuncia-se. A construção científica é, portanto, a seguinte: distrata-se o negócio jurídico básico, promete-se distratar-se o negócio jurídico de constituição e, em virtude do adimplemento do que se prometeu, renuncia-se ao direito real. Os juristas não raro são vitimas da elipse de que tantas vêzes usam e abusam. A renúncia é unilateral; pode ser, todavia, prestação *prometida* pelo que tem de *renunciar.* O que extingue o direito real de renda sobre imóvel é a *renúncia,* ai prometida e prestada, e não o negócio jurídico bilateral.

10. USUCAPIÃO. A usucapião do imóvel, sem gravame, extingue o direito real de renda sobre imóvel. Já nos velhos juristas portugueses se aludia à usucapião pelo "terceiro possuidor do prédio afeto ao censo" (ALva VALÂsoo, *Dec<sionum Constdtcztionum ao rei-um judicatarum.,* 82; Gànzm. Pnums DE Càsno, *Decisiones,* 308; MANUEL ÁLVARES PÉoàs, *Reaolutiona Forenses,* 1, 142 s., e VII, 173).

A usucapião do prédio pelo próprio dono ou pelo titular do direito real de renda sobre imóvel é mais difícil ocorrer mas é possível: supõe, sempre, posse própria, apta à eficácia de usucapião.

§ 2408. Se há direitos de renda sobre imóvel sem remibilidade

1. “RATIO LEGIS”. Lê-se no Código Civil, art. 751: “O imóvel sujeito a prestações de renda pode ser resgatado, pagando o devedor um capital em espécie, cujo rendimento, calculado pela taxa legal dos juros, assegure ao credor renda equivalente”. A regra jurídica é cogente. Muito se discutiu no passado. Se bem que houvesse a opinião de ALvARo VALASCO *(Decisionum Conaultationum ao rei-um judicatar-um,* 1, 66), havia os *censos frremf.veis.* O art. 751 é, hoje, cogente: não se pode pactuar a irremibilidade do imóvel sujeito a direito real de renda sobre imóveis (art. 1.063). A *raMo legis* é a vedação da usura.

2.FACILITação DA REMIÇÃO. Pode ser pactuado que o dono do imóvel o resgate pagando menor quantia do que aquela que se fixou no art. 751 do Código Civil.

Quanto à extinção pela prescrição, causa que nada tem com a usucapião (usucapião não é prescrição), dissemos antes que os juristas portugueses reinicolas haviam discutido o assunto. Pensou-se em não se poder extinguir estando de má-fé o rendeiro; e admitiu-se que se operam a favor do rendeiro de boa-fé, se cria dono de bem não-gravado (usucapião! não prescrição). Algumas regras sobre contágio da má-fé ao posterior adquirente eram absurdas. A confusão entre prescrição, *excepto,* e usucapião, *modo de aquisição,* gerava soluções injustas.

Porém nunca se assentou que, pela falta de cobrança das rendas, se desse a extinção do censo. Portanto, nunca se fêz causa de extinção o completar-se o prazo prescripcionaí por soma de prescrições, nem a Prescrição das ações reais. Temos, portanto, de obedecendo à letra da lei estabelecer, firmemente, que a renda sobre Imóvel não se extingue com a prescrição das ações tocantes às rendas ou com a prescrição das outras ações reais.

## CAPITULO VI

## PRETENSÕES E AÇÕES ORIUNDAS DO DIREITO DE RENDA SOBRE IMÓVEL E DO DONO DO

## IMÓVEL

### § 2.409. Ações de tutela ao direito real de renda sobre imóvel

1.ação DECLARATÓRIA. O titular do direito real de renda sobre imóvel tem ação declaratória para que se afirme a existência da relação jurídica real de renda sobre imóvel. Tem-na, negativa, quem quer que tenha interesse em que se lhe negue a existência de tal direito. Trata-se de espécie da ação declarativa do art. 2.0, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

A eficácia é só entre partes. Podem ser citados, por editais, todos os interessados.

O titular do direito de renda sobre imóvel pode fazer verificar-se, extrajudicialmente (= de comum acordo), ou judicialmente, o estado em que se acha o bem gravado. Não vale a cláusula que pré-exclua tal pretensão.

O ônus da prova cabe a quem alega o direito real limitado. *Na dúvida,* decide-se contra o autor da declaratória positiva.

2.ação CONDENATÓRIA. O titular do direito real de renda sobre imóvel tem ação de condenação por ofensa ao direito real. Nela, a matéria da ação declaratória é questão prejudicial. ação pessoal, com a prescrição especial do art. 178, § 10, IX, do Código Civil. Não há confundir-se com a ação *ex contractu,* que é a única que se pode propor se ainda não se constituiu, realmente, o direito de renda sobre imóvel.

3.ação DE INDENIZação POR PERDAS E DANOS. Nela, a declaração e a condenação pela ofensa são questões prejudiciais, ou, pelo menos, a declaração. S o que acontece quando o titular do direito de renda sobre Imóvel é lesado por ato que diminua o valor e rentabilidade do bem gravado.

4.ação DE SEGURANÇA, PREPARATÓRIA, INCIDENTAL OU INDEPENDENTE. Se o titular do direito de renda sobre imóvel temer que algum dano sofra o seu direito, inclusive por dano ao bem gravado, toca-lhe a ação de segurança, preparatória, ou acidental, ou independente. O réu tem de prestar caução (cf. § 2.346).

5.ação DE PRECEITO COMINATÓRIO. Se o titular do direito de renda sobre imó vel pode alegar e provar que alguém que se devia abster de algum ato, ou que teria de praticar algum ato, está para praticá-lo, ou

omiti-lo, cabe-lhe a ação de cominnação, nos termos do art. 302, XII, do Código de Processo Civil.

6.ação CONFESSÓRIA. O titular do direito real de renda sobre imóvel tem a ação confessória, que conforme vimos é ação compósita. Nela foram cumuladas todas as anteriores, sendo as ações de indenização e a de segurança, ações incidentais. O réu pode opor ter sido constituído o direito real de renda sobre imóvel por pessoa que não era o dono. Então, tem-se de verificar se quem o constituiu constava do registro como dono. Se a defesa é de acolher-se, ou não, depende dos princípios que regem a aquisição e a constituição dos direitos reais (Código Civil, art. 530, 1>. Também pode o demandado siegar causa de extinção. Também aqui a alegação de consolidação (Código Civil> art. 739, V) não é procedente se não foi cancelado o registro e enquanto não o for.

7.ação NEGATÓRIA DO TITULAR DO DIREITO DE RENDA SOBRE IMÓVEL. Ação de ofensa ao direito real de renda sobre imóvel, correspondente à ação negatória do dono do prédio usufruído, usado, habitado (Tomo XVIII, § 2.238, 2) ou gravado de renda sobre imóvel, por ela o titular do direito real de renda sobre imóvel, posto que não tenha posse do bem gravado, vai contra o dono desse bem, ou contra terceiro, ainda sem o elemento da culpa do demandado.

8.ação DE RETIFICação DE REGISTRO. Se o registro não corresponde à realidade, tem o prejudicado a pretendo à retificação do registro. Por exemplo: se foi registrado, como de anticrese o direito real de renda sobre vice-versa; se falou de hipoteca e se concebeu de renda sobre imóvel, ou vice-versa. sem razão, imóvel, ou direito real

9. PRINCÍPIOS GERAIS. A pretensão do titular do direito real de renda sobre imóvel contra o terceiro, como contra o constituinte do direito real limitado, ou contra o dono atual do bem gravado, é pretensão própria, e não derivada da pretensão do dono do bem. Não há falar-se de substituição processual. Exerce-a, ainda judicialmente, sem ter de chamar a juízo o dono do bem, e o chamamento à autoria, de acordo com os arte. 95-98 do Código de Processo Civil, emana de se tratar de figurante do contrato que esteve à base do acordo de constituIção.

Se a ofensa atinge aos dois, há litisconsórcio necessário.

N~ há regra jurídica *escrita,* a respeito de renda sobre imóveis, que subordine a alienação do bem gravado ao assentimento do titular do

direito real limitado *(aliter,* quanto ao usufruto, ao uso ou à habitação, tratando-se de títulos), mas é de entender-se que exista implícita no sistema jurídico.

§ 2.410. Posse e direito de renda sobre imóvel

1.NÃo HÁ POSSE DO RENTISTA. Se a pessoa que é titular do direito de renda sobre imóvel tem posse, posse imediata, ou qualquer outra posse, tal poder fático nada tem com o direito real de renda sobre imóvel.

Algumas vêzes, há óbice em se ter e alegar o direito de renda sobre imóvel e se ter posse. O rentista pode ser locatário, depositário, administrador. Se lhe cabe uso e fruição, com isso não se altera a relação, jurídica real de renda sobre imóvel em que se acha.

2.DONO DO BEM GRAVADO QUE ALIENA A POSSE OU DEIXA ADÉSPOTA O BEM. Ainda que o dono do bem passe a outrem a posse, ou não a exerça a ponto de a perder, nenhuma ação possessória tem o titular do direito real de renda sobre imóvel. As ações, que lhe tocam, são as do § 2.409, especialmente 4, 5, 7, eventualmente

§ 2.411. Ação do dono do prédio como sujeito a renda

1.ação NEGATÓRIA. O dono do prédio tido como gravado de direito real de renda sobre imóvel tem a ação negatória contra quem afirma a existência desse direito e procede como se tivesse Base direito, não ofendendo a posse, ou não ofendendo só a posse (Tomos XIV, §§ 1.5834.586, XV, §§ 1.762-1.775, XVI, §§ 1.881-1.891, e XVII, §§ 2.067-2.092; cf., neste Tomo, § 2.358). Se há apenas negação, a ação adequada é a ação declaratória negativa.

2.ação DE RETIFICação DO REGISTRO. Tem ação de retificação do registro quem quer que tenha sido prejudicado com a inscrição do direito real de renda sobre móvel, inclusive o dono do prédio.

3. ação DE INDENIZação. É difícil ocorrer que o ato ilícito (ou o ato-fato ilícito > do rentista ofenda o rendeiro, porém o caso pode dar-se, como se o rentista exerce pretensão executiva sem estar em débito o rendeiro.

§ 2412. ação EXECUTIVA E CONDENATÓRIA dependente de qualquer dívida e outra emana de direito real de garantia.

2.PROCESSO. O procedimento é o doa arte. 298-801 do Código de Processo Civil.

As alegações que pode fazer o demandado ou se referem à inexistência, invalidade ou ineficácia do acordo de constituição, se o demandado é o constituinte, ou à inexistência, invalidade ou ineficácia da inscrição, ou dizem respeito a não serem devidas as rendas que executivamente se cobram.

3.ação ORDINÁRIA. Em vez de propor a ação executiva, pode o rentista propor a ação de cobrança, condenatória. Obtida sentença trAnsita em julgado, poderá, então, executá-la <execução de título judicial).

Com a sentença, a ação *judicati* somente prescreve segundo os seus princípios, expostos no Tomo VI.

*4.* AÇÕES POSSESSÓRIAS. As ações possessórias tem-nas o dono do imóvel gravado, qualquer que seja a turbação ou o esbulho. O rentista, como rentista, não pode ser o demandado, salvo, por exemplo, se interpreta como anticrese o direito real de que é titular.

§ 2.412. Ação executiva e ação condenatória que tem o realista

1.ação EXECUTIVA SEGUNDO O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, 298, IX. O rentista tem a ação do art.

298, IX, do 06-digo de Processo Civil, que é de cognição inicial Incompleta e adiantamento de execução. Tal ação se exerce contra quem quer que seja; é ação real (executiva) e apanha o bem qualquer que seja o direito real que só se inscreveu depois do direito real de renda sobre imóvel.

Quando, no Tomo XX, falarmos da ação executiva hipotecária de alguns pontos trataremos que são comuns aos dois institutos. Mas as ações executivas, que lhes correspondem, são diferentes no que uma se irradia de direito real limitado